

YEARBOOK

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

VOL.1

(2018)

DIGITAL

[coordenação] RAQUEL CARVALHO / CATARINA SANTOS BOTELHO





*YEARBOOK: MESTRADO DA FACULDADE DE DIREITO –
ESCOLA DO PORTO / UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
Vol 1 (2018)*

RAQUEL CARVALHO E CATARINA SANTOS BOTELHO (COORDS.)

© Universidade Católica Editora . Porto
Rua Diogo Botelho, 1327 | 4169-005 Porto | Portugal
+ 351 22 6196200 | uce@porto.ucp.pt
www.porto.ucp.pt | www.uceditora.ucp.pt

Coleção · e-book
Coordenação gráfica da coleção · Olinda Martins
Capa · Olinda Martins
Revisão de texto · Maria Isabel Dias Ferreira

Data da edição · novembro de 2019
Tipografia da capa · Prelo Slab / Prelo
ISBN · 978-989-8835-77-2

ÍNDICE GERAL

O tráfico de crianças para fins de exploração sexual

Ana Raquel Ribeiro Faria

A natureza jurídica do penhor de conta bancária

Ana Rita Pereira Sala

Da alienação fiduciária em garantia: estudo para a sua posituação no ordenamento jurídico português

Beatriz Queirós Ribeiro

O IVA e as operações intracomunitárias: o princípio da origem e o princípio do destino ou... como se costumam os princípios à medida dos tempos e dos seus ensinamentos

Bruno Miguel da Silva Gomes

Dos créditos laborais no processo de insolvência: classificação e exercício destes créditos no processo de insolvência

Catarina Maria Leandro de Vasconcelos

A pena acessória de inibição do exercício das responsabilidades parentais no âmbito do crime de violência doméstica: Artigo 152º número 6 do Código Penal

Cláudia Raquel Boucinha Simões

O direito português e o direito espanhol perante o crime de terrorismo

Elsa Durães

A proteção do mercado nas sociedades abertas: em especial, a tutela dos investidores através do mecanismo de imputação de direitos de voto

Filipa de Sousa Grangeon Cavaleiro

Contratos de cooperação “horizontal” entre entidades públicas. Da jurisprudência do TJUE à consagração nas diretivas europeias de 2014 e no Código dos Contratos Públicos

Filipa Calheiros Ferraz

Pornografia de menores: breve análise substantiva da pedopornografia e da pseudopedopornografia

Francisco Reis da Costa

Medida de segurança de internamento: O limite máximo de duração: a problemática da possível perpetuidade da medida no caso previsto pelo art. 92º/3 CP

Inês Magno Rodrigues Coutinho

Maus-tratos a Idosos em Lares

Joana Fernandes Cardoso

O crime de lenocínio: reflexão crítica sobre o artigo 169.º, n.º 1 do Código Penal

José Roque Linhares

Dissentimento ou “consentimento” constrangido de adolescentes: conjugação dos arts. 163º, n.º 2 e 164º, n.º 2 com os arts. 172º e 173º do Código Penal

Luísa Ramos Naia

A relevação dos impedimentos: o regime legal de self-cleaning previsto no artigo 55.º-A do Código dos Contratos Públicos

Marco Aurélio Madureira Moreira

A “partilha em vida” e a inoficiosidade: um pacto sucessório renunciativo legalmente admitido?

Maria Carvalho e Lemos

Tentativa de instigação: punibilidade da proposta de homicídio

Mariana Nunes Fardilha

A (in)tolerância da liberdade religiosa do trabalhador: o uso de símbolos religiosos

Patrícia Pedrosa Barbosa

International transfer pricing: rethinking the arm’s length principle

Pedro Nuno Dias Meneses

A Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica 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 Faculdade de Direito tomou a decisão de publicar as dissertações de mestrado que obtiveram as mais elevadas classificações.

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

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

O número inaugural integra dezanove dissertações, relativas ao ano findo em 8 de dezembro de 2018, dezoito delas em língua portuguesa e uma em língua inglesa. São apresentadas por ordem alfabética de autor e abarcam áreas tão diversas como o Direito Criminal, o Direito Privado, o Direito da Empresa e dos Negócios, o Direito Administrativo, o Direito do Trabalho, o Direito Internacional e Europeu e, finalmente, o Direito Fiscal.

As coordenadoras deste projeto pretendem deixar público agradecimento ao apoio institucional e pessoal da Direção da Faculdade, Escola do Porto, em particular do seu Diretor, Prof. Doutor Manuel Fontaine, da Dr.^a Bárbara Monteiro, da Universidade Católica Editora, e ao trabalho minucioso e dedicado da Dr.^a Isabel Ferreira.

Porto, outubro de 2019

Raquel Carvalho
Catarina Santos Botelho

O Tráfico de Crianças Para Fins de Exploração Sexual

Ana Raquel Ribeiro Faria

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

*“A tarefa não é tanto ver aquilo que ninguém viu,
mas pensar o que ninguém ainda pensou sobre
aquilo que toda a gente vê.”*

Arthur Schopenhauer

Agradecimentos

À Professora Conceição Cunha, por todo o carinho com que abraçou este projeto, por todos os conselhos, por toda a paciência e por toda a sabedoria.

Aos meus pais, por tudo terem feito para que nada me faltasse, por serem um exemplo de força e dedicação, e por me terem mostrado que o ser humano é capaz das mais belas obras.

À minha avó, por me ter criado com o amor que só uma avó é capaz de ter.

Ao meu irmão, por tão bem desempenhar o papel de primeiro amor da minha vida.

Ao Pedro, por ser a minha fonte de inspiração, o meu porto de abrigo, o meu companheiro de todas as horas.

Aos meus padrinhos, por serem um pilar fundamental na minha vida.

Aos meus primos, por terem sido os meus primeiros companheiros de aventuras e brincadeiras.

Aos meus amigos, os da infância, os da adolescência e os que partilharam comigo esta casa, por me terem ajudado a dar ainda mais cor às páginas da história da minha vida.

À Universidade Católica por me ter acolhido desde o primeiro dia e por ter sido a minha casa durante estes seis anos.

Resumo

A presente dissertação focar-se-á, em primeiro lugar, numa análise do tipo legal de crime de tráfico de menores para fins de exploração sexual e, num segundo e último momento, numa abordagem deste flagelo atual numa perspetiva psicossociológica. O crime de tráfico de pessoas é um problema que está na “ordem do dia”, não é algo dos séculos passados, dos primórdios do ser humano. Bem pelo contrário. É um “monstro” presente na nossa sociedade, cujos limites e razões, muitas vezes, se desconhece. Ninguém está a salvo e, por vezes, uma simples distração poderá ditar o destino de uma criança. A vitimização de uma criança para uma rede de tráfico provoca-lhe, inegavelmente, inúmeras mazelas. E, mesmo que posteriormente venha a ser salva, há sequelas que não se apagam, nomeadamente as psicológicas, como vamos demonstrar, entre outras questões, no capítulo destinado à abordagem psicossociológica deste crime.

Palavras-chave: tráfico de menores, exploração sexual, lenocínio de menores, artigo 160º, concurso de crimes, bem jurídico, liberdade pessoal, liberdade sexual, autodeterminação sexual, artigo 175º, pornografia de menores, psicossociológico.

Abstract

The present thesis will begin by focusing on a legal analysis of the crime of child trafficking for the purpose of sexual exploitation and will address, in a second and final moment, this current scourge in a more psycho-sociological context. Human trafficking is a problem of the present times, a current “monster” of our society whose limits and reasons are often unknown. No one is safe, and sometimes a mere distraction can dictate the fate of a child. The victimization of children into trafficking networks undoubtedly causes them many harms. And even when saved, there are aftereffects that remain, especially psychological ones, as we will demonstrate in the chapter dedicated to the psycho-sociological approach of this crime.

Keywords: child trafficking, sexual exploitation, pimping of minors, article 160º, accumulation of offences, legal asset, personal freedom, sexual freedom, sexual self-determination, article 175º, child pornography, psycho-sociological.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
APF	Associação para o Planeamento da Família
Art./arts.	Artigo/artigos
CAP	Centro de Acolhimento e Proteção
CDC	Convenção sobre os Direitos das Crianças
Cfr.	Conferir/confrontar
CP	Código Penal
CPCJ	Comissão de Proteção de Crianças e Jovens
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DST	Doença sexualmente transmissível
Etc.	<i>et cetera</i>
N.º/n.ºs	Número/números
Ob.	Obra
ONG	Organização Não-Governamental
P. e p.	Previsto e punido
Pág./págs.	Página/páginas
PTSD	Post-traumatic stress disorder
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra

ÍNDICE

Introdução	7
I – Breve resenha histórica	8
II – O crime de tráfico de pessoas: o art. 160º do Código Penal	10
1. O bem jurídico	10
2. Elementos do crime	14
2.1. O tipo objetivo de ilícito	14
2.2. O tipo subjetivo de ilícito	14
3. Natureza do crime	16
4. Causas de justificação e/ou causas de exclusão da culpa	16
5. Formas especiais do crime	17
5.1. A tentativa	17
5.2 A comparticipação	17
6. Local da prática dos factos	18
III – O crime de tráfico de menores	19
1. O crime do art. 160º, n.º 2	19
2. O tráfico de menores qualificado – art. 160º, n.º 3	22
3. O n.º 4 do art. 160º: agravação da pena	24
IV – A questão do concurso: efetivo ou aparente?	25
V- Tráfico de menores para exploração sexual: uma análise voltada para a vertente psicossocial	36
Conclusão	40
Apêndice I	42
Anexo I	48
Bibliografia	49

Introdução

O tema que nos propomos analisar na presente dissertação assume, nos nossos dias, uma extrema e alarmante relevância. Infelizmente, e apesar de parecer um assunto do passado, estamos perante um problema bastante atual. Este “monstro” a que chamamos de “tráfico humano” assombra, atualmente, um elevadíssimo número de pessoas, não escolhendo idade, sexo, nem situação económico-social.

É no entanto inegável que as vítimas deste fenómeno criminoso são, na sua maioria, crianças e mulheres. Contudo, a dura realidade é que todos nós, sem exceção, podemos ser, inesperadamente, capturados, neutralizados e tornarmo-nos presas desta comunidade criminosa. Todos nós somos potenciais vítimas.

Apesar de, como se acabou de referir, o leque de vítimas ser alargado, optámos por nos debruçar sobre o tráfico de menores, uma realidade que se apresenta na “ordem do dia” das preocupações da comunidade internacional.

Como bem sabemos, o tráfico humano tem como finalidade uma variedade de explorações: sexual, laboral, mendicidade, escravidão, extração de órgãos e exploração de outras atividades criminosas. Muito haveria, certamente, a aprofundar relativamente a cada uma destas finalidades. Assim, optámos por nos debruçar sobre o tema do tráfico de crianças para fins de exploração sexual.

Faremos, em primeiro lugar, uma breve resenha histórica relativamente ao tipo legal de tráfico de pessoas, para, em seguida, analisarmos o atual art. 160º do nosso Código Penal. Consideramos oportuna uma reflexão menos aprofundada relativamente ao tráfico de adultos, para, posteriormente, podermos fazer uma análise profunda do crime de tráfico de menores e, até mesmo, uma comparação deste relativamente ao primeiro tipo legal.

A seguir, abordaremos e tomaremos uma posição relativamente a um tema controverso na nossa doutrina: o concurso entre o crime de tráfico e os crimes-fim – será este concurso aparente ou efetivo?

Por último, faremos uma análise sociológica da questão, através da exposição de conclusões que retirámos da realização de uma entrevista à equipa técnica de uma associação que trata da sinalização de casos de tráfico de crianças.

Propomo-nos, deste modo, perceber de que maneira este flagelo atual é combatido pela legislação nacional e instrumentos internacionais e abordar alguns dos muitos problemas que este crime suscita.

I – Breve resenha histórica

A Revisão Penal de 2007 assume-se como um marco fundamental na incriminação do tráfico de pessoas. Até então, este crime vinha legalmente previsto no art. 169º do Código Penal e tinha a seguinte redação: “Quem, por meio de violência, ameaça grave, ardil, manobra fraudulenta, abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, ou aproveitando qualquer situação de especial vulnerabilidade, aliciar, transportar, proceder ao alojamento ou acolhimento de pessoa, ou propiciar as condições para a prática, por essa pessoa, em país estrangeiro, de prostituição ou de actos sexuais de relevo é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos”¹.

Até 2007, este art. 169º visava apenas a incriminação do tráfico que tivesse como fim a exploração sexual, e esta teria de ocorrer em país estrangeiro. Ou seja, não estavam previstos outros fins que não a exploração sexual, e as vítimas não poderiam ser exploradas em Portugal, mas sim transportadas e exploradas no estrangeiro.

É importante, ainda, referir que, ao contrário do que sucede agora – como à frente melhor se explanará –, este art. 169º estava inserido no capítulo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, uma vez que, como já se referiu, apenas incriminava as condutas que tivessem por fim a exploração sexual.

Com a Reforma Penal de 2007, o crime de tráfico de pessoas assumiu uma redação muito mais abrangente e rigorosa. Vejamos.

O crime de tráfico de pessoas passou a estar legalmente consagrado no art. 160º do CP e muitas foram as mudanças introduzidas.

Em primeiro lugar – sendo talvez a alteração mais profunda –, alargou-se o leque das finalidades incriminadas, isto é, até aqui apenas se incriminavam as condutas que tinham como finalidade a exploração sexual. Com este art. 160º passou a incriminar-se, também, o tráfico para fins de exploração laboral ou extração de órgãos. Além disto, também se aboliu o requisito de a vítima ser explorada no estrangeiro, passando a ser, também, incriminado quem explore a vítima no nosso país. Em terceiro lugar, consagrou-se autonomamente o tráfico de menores, o que até então não tinha acontecido. Por último, consagrou-se, no n.º 3 dessa redação, o tráfico de pessoas qualificado.

Importa salientar que, uma vez que as finalidades abrangidas pela incriminação do tipo legal passaram a ser outras que não apenas a exploração sexual, o crime de tráfico de pessoas passou a inserir-se no capítulo dos crimes contra a liberdade pessoal,

¹ Redação com a alteração introduzida pela Lei n.º 99/2001, de 25 de agosto, retirado de http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=109&pagina=2&tabela=lei_velhas&nversao=9&so_miolo=, consultado em 03/12/2017.

deixando, assim, de integrar o leque dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.

Tal como explica Taipa de Carvalho, este artigo e a sua amplitude incriminadora surgiram na sequência de exigências internacionais e europeias que incentivaram os Estados a tomarem medidas preventivas e repressivas do grave fenómeno da criminalidade – geralmente, organizada – do tráfico humano, nomeadamente para fins de exploração sexual, laboral, ou de extração de órgãos².

Em primeiro lugar, deve salientar-se o Protocolo de Palermo, mais propriamente “Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças”, de 2000³.

Outro instrumento internacional importantíssimo é a “Decisão-Quadro 2002/629/JAI”, relativa ao tráfico de seres humanos, que foi aprovada pelo Conselho em 19 de julho de 2002.

Em terceiro lugar, importa referir a “Decisão-Quadro 2004/68/JAI”, aprovada pelo Conselho a 22 de dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil.

Por último, mas não menos importante, a Convenção de Varsóvia, mais propriamente “Convenção do Conselho da Europa relativa à Luta contra o Tráfico de Seres Humanos”, assinada por Portugal em 16 de Maio de 2005⁴.

Apesar das alterações introduzidas em 2007, e de esta ter sido a reestruturação mais intensa e significativa de que a incriminação do tráfico de seres humanos foi alvo, as alterações, e bem, não se ficaram por aqui.

Em 2013, com a Lei n.º 60/2013, de 23 de agosto, o tipo legal voltou, novamente, a ser expandido, aumentando-se as modalidades de ação⁵. Foi esta modificação que concebeu o art. 160º tal e qual como o conhecemos hoje.

Esta alteração decorreu da transposição para a nossa ordem jurídica da Diretiva n.º 2011/36/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril, relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à proteção das vítimas, e que substituiu a “Decisão-Quadro 2002/629/JAI”.

Aqui, ao leque de finalidades já previstas (exploração sexual, laboral e extração de órgãos), adicionaram-se os fins de mendicidade, escravidão e outras atividades criminosas.

² Carvalho, 2012, p. 677.

³ Esta Convenção e Protocolo Adicional foram aprovados pela Resolução da Assembleia da República n.º 32/2004, de 2 de abril e ratificados pelo Decreto do Presidente da República n.º 19/2004, de 2 de abril.

⁴ Foi aprovada, em Portugal, pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2008, de 14 de janeiro.

⁵ Lopes & Milheiro, 2015, p. 237.

Relativamente ao tráfico de menores, consagrado no n.º 2 deste artigo, para além da inserção destas últimas finalidades, introduziu-se uma outra, que vinha a assumir um papel significativo e assustador nesta realidade do tráfico de crianças: a adoção.

Introduziu-se um novo n.º 4, que diz respeito a um conjunto de circunstâncias agravantes da pena que, tal como explicam Mouraz Lopes e Caiado Milheiro, são um conjunto de “ações ou resultados mais desvaliosos demonstrativos de um quadro de ilicitude e juízo de censura mais gravoso e que aumentam as necessidades da pena em termos de prevenção geral e especial”⁶.

Por fim, incluiu-se o n.º 8, que diz respeito à ineficácia do consentimento para efeitos de exclusão da ilicitude das condutas criminosas do art. 160º.

Assim, nos nossos dias, e tal como explica Pinto de Albuquerque, o art. 160º consagra cinco crimes distintos: o tráfico de adulto (n.º 1); o tráfico de menor de 18 anos (n.ºs 2 e 3); a alienação de menor (n.º 5); a utilização da vítima do tráfico (n.º 6) e a subtração de documentos da vítima do tráfico (n.º 7)⁷.

Apenas em jeito de nota, cumpre-nos mencionar, tal como o faz Dâmaso Simões⁸, que o crime de tráfico de pessoas está expressamente inserido no conceito de “criminalidade altamente organizada”, com repercussão processual, tanto a nível de medidas de coação, como de meios de obtenção de prova⁹.

Concluída a análise daquelas que se afiguram como as grandes mudanças do tipo incriminador do tráfico de pessoas, e da influência dos instrumentos internacionais nas mesmas, propomo-nos, agora, fazer uma análise do art. 160º, focando-nos sempre mais na finalidade da exploração sexual, para, em seguida, nos debruçarmos sobre o tema específico desta tese, o tráfico de seres humanos, sim, mas de crianças.

II – O crime de tráfico de pessoas: o art. 160º do Código Penal

1. O bem jurídico

Ao contrário do que aconteceu até à Revisão Penal de 2007 – em que o tráfico de pessoas se inseria no capítulo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual –, nos nossos dias, como já melhor se explicou, este tipo legal insere-se no capítulo dos crimes contra a liberdade pessoal. Assim sendo, facilmente se percebe que o bem jurídico que este tipo legal visa proteger é a liberdade pessoal.

⁶ Lopes & Milheiro, 2015, p. 238.

⁷ Albuquerque, 2015, p. 628.

⁸ Simões, 2019.

⁹ Cfr. Arts. 1º, n.º 1, al. n), 174º, n.º 5, al. a), 177º, n.º 2, al. a), 187º, n.º 2, al. a), 202º, n.º 1, al. b) do CPP, na redação introduzida pela Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto.

Há, no entanto, autores, como é o caso de Taipa de Carvalho¹⁰ e Vaz Pato¹¹, que vão mais além e defendem que não só a liberdade pessoal é tutelada, como também a dignidade da pessoa humana.

Compreendendo a linha de pensamento destes autores, não podemos, no entanto, partilhar da mesma opinião. Passamos a explicar.

É verdade que neste tipo de crimes a dignidade da pessoa humana é fortemente afetada e agredida, há uma materialização e coisificação da vítima, sendo esta, na maior parte das vezes, tratada como um objeto. Contudo, é também verdade que todos os tipos legais que o CP consagra protegem a dignidade da pessoa humana, em especial, os tipos legais de crimes contra as pessoas – uns de uma forma mais intensa, outros de uma forma mais ligeira, mas todos eles acabam por estar de algum modo ligados à defesa da dignidade da pessoa humana.

Assim, parece-nos errado dizer que é a dignidade da pessoa humana o bem jurídico protegido.

Perfilhamos, sim, a opinião partilhada por Miguez Garcia e Castela Rio, na medida em que estes defendem que “dizer que o bem tutelado é a dignidade da pessoa humana pouco adianta, face a uma norma de múltiplas imbricações; a dignidade humana não sendo propriamente um bem jurídico, ainda assim, encaminha o estudioso para a aproximação às novas e refinadas situações de escravidão e servidão, e por essa via, aos crimes contra a liberdade pessoal, liberdade de ação e saúde e integridade corporal da vítima. Há quem lembre a autodeterminação sexual, a disposição sobre a própria força de trabalho, o próprio património da pessoa explorada”¹².

Assim, entendemos que, apesar de a dignidade da pessoa humana ser atacada ou suprimida quando estão em causa crimes como o tráfico de pessoas e a escravidão, esta não deverá ser considerada o bem jurídico em causa, mas sim, em primeiro plano, a liberdade pessoal e, em segundo plano, a saúde, a integridade pessoal, a disposição sobre a própria força do trabalho, a autodeterminação sexual e o património da vítima.

Não poderíamos, de todo, terminar a abordagem deste capítulo sem fazermos menção ao art. 18º da CRP, nomeadamente no seu n.º 2, que prevê que “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

¹⁰ Carvalho, 2012, p. 678.

¹¹ Pato, 2008. Entende este autor que “podemos dizer que é uma “qualificada” violação dessa liberdade pessoal que está em causa. E “qualificada” porque afeta de modo particular a dignidade da pessoa humana, reduzida a objeto ou instrumento.

¹² Garcia & Rio, 2014, pp. 665-666.

Ora, aceitando – como devemos aceitar – que a dignidade da pessoa humana é o valor crucial da nossa Constituição, tal como explica Conceição Cunha, é inegável que os valores mais intimamente ligados a esta dignidade são de primacial importância¹³. Referimo-nos não só ao valor constitucional da vida – que se assume como o pilar de todos os outros valores –, mas também aos valores constitucionais da liberdade e da integridade física e moral.

Contudo, não podemos falar de valores constitucionais sem nos referirmos, ainda, aos bens jurídico-penais que refletem a “mútua referência”¹⁴ entre a ordem jurídico-constitucional e a ordem jurídico-penal, relação esta fundada, nas palavras de Figueiredo Dias, “numa essencial correspondência de sentido e – do ponto de vista da sua tutela – de fins”¹⁵.

No fundo, pretendemos explicar que os bens jurídico-penais são valores que se encontram previamente protegidos na Constituição, como, por exemplo, a vida, a liberdade, a integridade física, a autodeterminação sexual. Ora, é nesta correspondência que se traduz a dignidade penal. Tal como explica Conceição Cunha¹⁶, para que uma conduta possa ser criminalizada, é necessário que ofenda valores fundamentais que causem um grau de danosidade social que justifique, assim, a intervenção penal. Estes valores fundamentais vêm previstos, como se referiu, na nossa Constituição, servindo a mesma, como “parâmetro para a determinação desta dignidade penal dos bens e valores a proteger”¹⁷.

Desta forma, “só deverão ser assumidos e 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”¹⁸.

No entanto, não é apenas pela afirmação da dignidade penal que a intervenção penal se justifica, isto é, que um bem pode ser qualificado como bem jurídico-penal. É, ainda, imperioso que o recurso às penas se afigure necessário à proteção daqueles bens jurídicos fundamentais, tendo aqui lugar a necessidade penal, que assume três princípios: o da subsidiariedade, o da proporcionalidade em sentido estrito e o da adequação.

O princípio da subsidiariedade traduz-se na inexistência de outros meios – jurídicos ou não – capazes de conferir, por si só, sem necessidade de recurso às sanções

¹³ Cunha, 1995, pp. 317-318.

¹⁴ Dias, 2007, p. 120.

¹⁵ Dias, 2007, p. 120.

¹⁶ Cunha, 1995, p. 217.

¹⁷ Cunha, 1995, p. 217.

¹⁸ Carvalho, 2016, p. 60.

penais, *proteção adequada e suficiente ao bem digno de tutela*¹⁹, ou seja, o direito penal afigura-se como *ultima ratio* para a proteção do bem jurídico fundamental.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito²⁰ proíbe “que haja uma desproporção entre a restrição penal de direitos e a finalidade de tutela a alcançar”²¹, ou seja, exige uma proporção entre o bem tutelado pelo direito penal e o direito que se vai restringir²².

Por último, o princípio da adequação traduz-se, como o próprio nome indica, no facto de a tutela penal ter de se afigurar como o “meio adequado, idóneo, eficaz para a proteção do bem em causa, e, ainda, numa comparação entre vantagens e desvantagens da intervenção penal, de tal modo que se possa afirmar que a criminalização não cria mais custos do que benefícios”²³.

Assim sendo, para que um bem fundamental possa ser qualificado como bem jurídico-penal é necessário, como se acabou de explicar, que este tenha dignidade e necessidade penal. Só assim, caso ambos os requisitos se verifiquem, o bem poderá ser considerado jurídico-penal.

Justifica-se, assim, e segundo o art. 18º, n.º 2 da CRP, que o indivíduo que comete um crime de tráfico de pessoas, sejam as vítimas adultos ou crianças, seja sujeito à aplicação de uma pena criminal – neste caso, de prisão –, uma vez que há dignidade penal e que os três princípios que a necessidade penal assume se encontram plenamente preenchidos.

Deste modo, o agente verá a sua liberdade – direito fundamental – restringida para salvaguardar outros direitos constitucionalmente protegidos, que neste caso, em primeiro plano, será a liberdade pessoal e, em segundo plano, a integridade pessoal, a autodeterminação sexual, a integridade corporal da vítima, o seu património, e a sua saúde.²⁴

¹⁹ Cunha, 1995, p. 220.

²⁰ Também conhecido por princípio da proibição do excesso.

²¹ Cunha, 1995, p. 212.

²² Casos há em que a lei penal, para certos tipos legais, apenas prevê, por exemplo, a pena de multa, não prevendo sequer, em respeito por este princípio da proporcionalidade em sentido estrito, pena de prisão.

²³ Cunha, 1995, p. 220.

²⁴ Atente-se que, devido à importância dos bens jurídico-penais que são protegidos por esta norma incriminadora, o legislador não previu sequer a possibilidade de ao agente poder ser aplicada uma pena de multa.

2. Elementos do crime

2.1. O tipo objetivo de ilícito

Quanto ao agente, o crime de tráfico de pessoas p. e p. pelo art. 160º, afigura-se como um crime comum, uma vez que pode ser cometido por toda e qualquer pessoa²⁵. Quanto ao grau de ataque ao bem jurídico, é, ainda, um crime de dano.

Relativamente à execução surge aqui uma das maiores diferenças entre o tráfico humano de adultos e o tráfico humano de menores.

No que ao tráfico de adultos diz respeito, e para que a conduta do agente possa ser qualificada como tal, é necessário que este tenha utilizado algum dos meios previstos no n.º 1 do art. 160º (violência, rapto ou ameaça grave, ardil ou manobra fraudulenta, abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica, de trabalho ou familiar, etc.). Deste modo, o tráfico de adultos afigura-se como um crime de execução vinculada ou de processo típico²⁶.

Por sua vez, o tráfico de menores é um crime de execução livre, como demonstra o n.º 2 do mesmo preceito legal, uma vez que, ao contrário do tráfico de adultos, este não tem de ser executado através de um meio específico. Aliás, é o próprio artigo que estipula “por qualquer meio”.

Quanto às condutas, estas consistem em “oferecer, entregar, recrutar, aliciar, aceitar, transportar, alojar ou acolher pessoa”. No entanto, e tal como explica Taipa de Carvalho, estes crimes podem ser cometidos por ação ou omissão²⁷.

Não poderemos, certamente, negar que na origem das condutas criminosas que integram este tipo estão ações. No entanto, como esclarece Taipa de Carvalho, estes crimes também podem ser imputados a título de omissão, com base no art. 10º, n.º 2 do CP, quando aquele que tem o dever jurídico de garante em relação à pessoa vítima do crime não impede, desde que o possa fazer, a ação de entrega, transporte, etc.²⁸.

2.2. Tipo subjetivo de ilícito

No que ao tipo subjetivo diz respeito, surge-nos aqui uma querela doutrinal. Relativamente à necessidade de haver dolo, há unanimidade entre os autores, o problema surge quando se debate que modalidades de dolo são necessárias.

²⁵ Exceto no caso da al. c) do n.º 1 do art. 160º, que exige que haja uma posição de superioridade hierárquica, caso em que o crime deixa de ser comum e passa a ser específico.

²⁶ Quanto a este aspeto, explica Taipa de Carvalho (Carvalho, 2012, p. 679) que o crime de tráfico de adultos se afigura como um crime de execução vinculada, “pois que a entrega, oferta, etc., tem de ser precedida ou acompanhada de um dos meios referidos nas diversas alíneas do respetivo n.º 1”.

²⁷ Carvalho, 2012, p. 679.

²⁸ Quando não há o dever jurídico de garante, a pessoa poderá ser condenada, já não pelo crime de tráfico de pessoas, mas sim pelo crime de omissão de auxílio, p. e p. pelo art. 200º, n.º 1 do CP.

De um lado, temos Taipa de Carvalho, que defende que, uma vez que os n.ºs 1 e 2 do art. 160º exigem o elemento subjetivo “fins de exploração”, ou seja, exigem que o agente ofereça, entregue, alicie, aloje, etc., a vítima, com o objetivo de esta vir a ser explorada (ou, pelo menos, sabendo que esta virá a ser explorada), o dolo eventual não será suficiente, sendo exigível que haja ou dolo direto intencional ou de primeiro grau²⁹ – quando o agente atua com essa finalidade, ou seja, a realização do tipo objetivo de ilícito surge como o verdadeiro fim da conduta³⁰ –, ou dolo direto necessário de segundo grau³¹ – quando o agente sabe que o destino da vítima irá ser o de sujeição a alguma das formas de exploração previstas no tipo legal³².

De outro lado, temos Pinto de Albuquerque, que entende que o tipo subjetivo de ilícito admite qualquer forma de dolo, exceto no que à conduta ardilosa ou fraudulenta diz respeito, visto esta ser incompatível com o dolo eventual ³³.

Também os autores Miguez Garcia e Castela Rio partilham deste último entendimento.³⁴

Assim, cumpre-nos agora dar a nossa opinião relativamente a este assunto. Contudo, antes, consideramos pertinente esclarecer o que se entende por dolo eventual.

Tal como Figueiredo Dias explica, os casos de dolo eventual caracterizam-se pela circunstância de a realização do tipo objetivo de ilícito ser representado pelo agente apenas “como consequência possível da conduta”³⁵, ou seja, o agente conforma-se com essa possibilidade e pratica o facto³⁶.

Assim sendo, partilhamos o entendimento de Pinto de Albuquerque, na medida em que este tipo legal admite qualquer modalidade de dolo, incluindo o dolo eventual, uma vez que aqui não deixa de haver uma representação da consequência como possível e, mesmo assim, o agente conforma-se com essa possibilidade e pratica o facto criminoso. Há consciência, por parte dele, de que a vítima pode vir a ser alvo de exploração, e, mesmo assim, oferece, entrega, etc., a vítima traficada.

Perfilhamos esta opinião, uma vez que quando estamos perante uma situação de dolo eventual, não podemos, de todo, dizer que o agente criminoso praticou aquele facto sem conhecimento de causa, inconscientemente. Pensamos, ainda, que em relação à proteção das vítimas traficadas é importante que o elemento subjetivo do crime abarque, também, o dolo eventual.

²⁹ Modalidade do dolo que vem plasmada no art. 14º, n.º1 do CP.

³⁰ Dias, 2007, pp. 365-366.

³¹ Previsto no art. 14º, n.º 2 do CP.

³² Carvalho, 2012, p. 684.

³³ Albuquerque, 2015, pp. 632-633.

³⁴ Garcia & Rio, 2014, p. 669.

³⁵ Art. 14º, n.º 3 do CP.

³⁶ Dias, 2007, p. 368.

No entanto, partilhamos também a opinião de Pinto de Albuquerque em relação à conduta ardilosa ou fraudulenta, situação em que o dolo eventual se revela incompatível com a letra da lei.

3. Natureza do crime

O crime de tráfico humano é, naturalmente, um crime público, ou seja, basta a notícia do mesmo para que as autoridades competentes iniciem um processo de investigação, podendo esta mesma denúncia ser feita por qualquer um de nós. O processo vai, então, correr independentemente da vontade dos titulares dos interesses lesados, ou seja, independentemente da vontade dos ofendidos.

Percebe-se facilmente que, a acrescer ao facto de, nos casos de tráfico humano, haver graves agressões à dignidade da pessoa humana, na maior parte das situações, as próprias vítimas não teriam, naturalmente, liberdade para apresentar queixa.

Assim sendo, chegada a notícia ao Ministério Público, e segundo o art. 48º do CPP, este tem legitimidade para promover o processo penal³⁷, dando abertura à fase de inquérito. Apenas em jeito de nota, cumpre-nos dizer que o Ministério Público é um órgão autónomo de administração da justiça que não exerce uma função judicial. Tal como esclarece Pinto de Albuquerque³⁸, o Ministério Público tem como função descobrir a verdade e prover pela realização do Direito, colaborando, para tal, com os tribunais³⁹.

Assim sendo, se este crime tivesse outra natureza que não a pública, as necessidades de prevenção geral e especial sairiam frustradas por completo. Não faria sentido que um crime desta índole, agressor de bens jurídicos tão importantes e com uma relevância tão grande à escala mundial, dependesse de queixa ou de acusação particular.

4. Causas de justificação e/ou causas de exclusão da culpa

Nas palavras de Taipa de Carvalho, “é evidente que não é pensável a existência de qualquer causa de justificação ou sequer de exclusão de culpa”⁴⁰.

À primeira vista, a questão do consentimento poderia causar algum problema, no entanto, esse consentimento é perfeitamente irrelevante, uma vez que, tal como prevê o art. 38º, n.º 1 do CP, “além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis

³⁷ Atente-se ao facto de ser a própria CRP que consagra, no seu art. 219º, que ao Ministério Público compete “exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade”.

³⁸ Albuquerque, 2011, p. 143.

³⁹ Percebemos, assim, que no caso dos crimes públicos em geral, e no caso do crime de tráfico de pessoas em particular, é ao Ministério Público que cabe a iniciativa e o impulso processual da investigação.

⁴⁰ Carvalho, 2012, p. 686.

e o facto não ofender os bons costumes”. Ora, além da contrariedade aos bons costumes, estamos a falar de um bem jurídico que é indisponível.

Mas mesmo que se entendesse que estamos perante um bem jurídico disponível através do consentimento, o que pode ser discutível, a verdade é que no crime de tráfico de adultos são os próprios meios de execução que retiram a liberdade do consentimento, tornando-o, assim, inválido.

No que ao tráfico de menores diz respeito, entendemos que já não sucederá exatamente o mesmo. Passamos a explicar.

O art. 38º, n.º 3 do CP prevê que “o consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta”.

Ora, apesar de a nossa lei penal se referir a maiores de 16 anos, exige, cumulativamente, que o menor possua o discernimento necessário no caso concreto. Por sua vez, como será, certamente, de fácil entendimento, as situações de tráfico de pessoas são tão graves que dever-se-á entender não haver discernimento antes dos 18 anos⁴¹.

Além disto, são os próprios instrumentos internacionais que expressam a irrelevância do consentimento da vítima traficada, como por exemplo o art. 4º, al. b) da Convenção de Varsóvia⁴².

No entanto, se dúvidas houvesse, e como já se referiu, a Lei n.º 60/2013, de 23 de agosto, introduziu um novo número ao art. 160º – o n.º 8. Refere este normativo legal que “o consentimento da vítima dos crimes previstos nos números anteriores não exclui em caso algum a ilicitude dos factos”.

5. Formas especiais do crime

5.1. A tentativa

Dada a moldura penal do crime de tráfico de pessoas ser manifestamente superior a três anos, e segundo o art. 23º, n.º 1 do CP, a tentativa é punível nos termos gerais.

5.2. A participação

É certo que na maior parte dos casos quem está por detrás dos crimes de tráfico humano são associações criminosas, altamente organizadas e estruturadas.⁴³

⁴¹ Entendemos ser esta a idade que releva uma vez que, segundo o art. 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança, “criança é todo o ser humano menor de 18 anos”.

⁴² Estipula este normativo legal que “o consentimento dado pela vítima de ‘tráfico de seres humanos’ à exploração referida na alínea a) do presente artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios indicados na alínea a) do presente artigo”.

⁴³ Atente-se que, segundo o art. 11º, n.º 2 do CP, as pessoas coletivas podem ser criminalmente responsáveis pela prática do crime de tráfico de pessoas.

Não obstante, poderão, naturalmente, ocorrer casos em que este crime seja cometido por várias pessoas, sem que entre elas haja uma relação estável e duradoura, características essenciais de uma associação criminosa.

Assim sendo, tanto numa situação como noutra, poderá funcionar o instituto da comparticipação, sendo que, aos agentes que praticaram os factos ilícitos, ser-lhes-á aplicável o regime dos arts. 26º e 27º do CP.

No âmbito da comparticipação, Taipa de Carvalho levanta uma questão que diz respeito à comunicabilidade. Passamos a explicar.

A al. c) do n.º 1 do art. 160º afigura-se como sendo um crime específico, exigindo que haja uma posição de superioridade hierárquica, económica, de trabalho ou familiar. Coloca-se, então, a questão de saber se haverá ou não comunicabilidade desta relação de superioridade ao agente que não tem essa relação com a vítima. Taipa de Carvalho⁴⁴ defende que a resposta deve ser afirmativa, ou seja, no sentido de que deverá haver comunicabilidade, principalmente nos casos de autoria mediata e instigação, em que o autor mediato e o instigador é o agente que não tem essa posição de superioridade.

Concordamos com esta solução. Casos há em que o instigador se aproveita da posição hierarquicamente superior que a pessoa instigada tem em relação à vítima. Portanto, não faria sentido a comunicabilidade não funcionar nestes casos. Estar-se-ia, na nossa opinião, a fomentar a instigação destas pessoas, sendo que o agente que instiga, e que se serviu intencionalmente da posição de superioridade do outro agente, acabaria por sair beneficiado.⁴⁵

6. Local da prática dos factos

Como já se referiu, até à Reforma Penal de 2007, apenas eram criminalizados e qualificados como tráfico de pessoas os factos que ocorressem em país estrangeiro. Era esta a situação prevista no, até então, art. 169º.

Contudo, e felizmente, a reforma de 2007 trouxe um grande contributo neste aspeto. Eliminou a expressão “país estrangeiro”, passando a criminalizar-se os factos onde quer que os mesmos ocorram.

O que até então estava legalmente consagrado acabava por deixar desprotegidas as vítimas traficadas no nosso país.

⁴⁴ Carvalho, 2012, p. 687.

⁴⁵ Importante referir que o art. 28º do CP, no seu n.º 1, veio prever o seguinte: “se a ilicitude ou o grau de ilicitude do facto dependerem de certas qualidades ou relações especiais do agente, basta, para tornar aplicável a todos os comparticipantes a pena respetiva, que essas qualidades ou relações se verifiquem em qualquer deles, exceto se outra for a intenção da norma incriminadora”. Assim sendo, o art. 28º permite a comunicabilidade, podendo esta existir, ou não, conforme a intenção incriminadora da norma.

Assim, e não só neste aspeto, mas também noutros já oportunamente referidos, a Reforma Penal 2007 afigurou-se como um importante contributo para a prevenção do tráfico no nosso país.

III – O crime de tráfico de menores

1. O crime do art. 160º, n.º 2

Feito um enquadramento geral do crime de tráfico de pessoas, vamos, agora, abordar o tema específico da minha tese: o tráfico de crianças para fins de exploração sexual.

Com a Revisão Penal de 2007, o art. 160º, n.º 2 do CP foi inserido no nosso ordenamento jurídico com a seguinte redação: “a mesma pena é aplicada a quem, por qualquer meio, aliciar, transportar, proceder ao alojamento ou acolhimento de menor, ou o entregar, oferecer ou aceitar, para fins de exploração sexual, exploração do trabalho ou extração de órgãos”.

Não poderemos deixar de enaltecer este grande contributo para a proteção dos menores que eram vítimas de tráfico, uma vez que, até então, a lei penal portuguesa não fazia a distinção entre tráfico de seres humanos adultos e tráfico de seres humanos crianças.

No entanto, e felizmente, as alterações não se ficaram por aqui. Tal como aconteceu com o n.º 1 do art. 160, também o n.º 2, em 2013, foi alvo de positivas mudanças na sua redação.

A Lei n.º 60/2013 passou a redigir o art. 160º, n.º 2 do CP tal e qual como hoje o conhecemos. Prevê este normativo legal que: “a mesma pena é aplicada a quem, por qualquer meio, recrutar, aliciar, transportar, proceder ao alojamento ou acolhimento de menor, ou o entregar, oferecer ou aceitar para fins de exploração, incluindo a exploração sexual, a exploração do trabalho, a mendicidade, a escravidão, a extração de órgãos, a adoção ou a exploração de outras atividades criminosas”.

Vejamos, agora, algumas notas que consideramos importante esclarecer e salientar relativamente a este normativo legal.

Em primeiro lugar, alertar para o facto de este tipo legal ser destinado a proteger todas as crianças, ou seja, todo o menor de 18 anos⁴⁶.

Ora, como facilmente percebemos, o tipo objetivo de ilícito de tráfico de menores é praticamente o mesmo que está previsto no n.º 1 para o tráfico de adultos, no entanto, com uma importante diferença que já aqui se referiu: o modo de execução.

⁴⁶ No que à definição de “criança” diz respeito, não poderíamos, de modo algum, deixar de mencionar o art. 1º da CDC, que contempla que “criança é todo o ser humano menor de 18 anos”.

Enquanto no tráfico de adultos, para que uma conduta possa ser qualificada como tal, é necessário que o meio de execução tenha sido, pelo menos, um dos estatuídos no normativo, no crime de tráfico de menores, isto já não acontece. A lei prevê que tais factos possam ser qualificados como crime de tráfico de menores quando os mesmos são executados “por qualquer meio”⁴⁷. Percebemos, assim, que, enquanto o tráfico de adultos é considerado um crime de execução vinculada, por sua vez, o tráfico de menores é considerado um crime de execução livre.

Na nossa opinião, esta mudança é muito bem concebida. Não queremos, de todo, minorizar a necessidade de proteção dos inúmeros adultos vítimas de tráfico. Não é esse o nosso propósito, nem é esse o assunto sobre o qual nos estamos a debruçar. Queremos, sim, enaltecer esta inovação legislativa no que ao tráfico de menores diz respeito.

Infelizmente, no negócio criminoso do tráfico de seres humanos estão envolvidas crianças de todas as faixas etárias, desde bebés acabados de nascer até jovens adolescentes, em crescimento, com esperança no futuro. No entanto, e como é da natureza do ser humano, as crianças são indivíduos mais frágeis, tanto a nível físico, como a nível psicológico, sendo, por sua vez, também mais fácil para os traficantes capturar as crianças e dar-lhes o destino que bem entenderem.

Deste modo, consideramos que o legislador, ao prever a punição pelo crime de tráfico de menores quando este é executado por qualquer meio, pretendeu proteger as crianças de planos que podem não se consubstanciar na utilização de nenhum dos meios previstos no n.º 1 e, mesmo assim, alcançar as finalidades a que se propõem.

Outro aspeto importante a salientar tem a ver com aquele que consideramos ser outro direito que é fortemente agredido quando as crianças são vítimas de tráfico, e que, na nossa opinião, está intimamente ligado a este modo livre de execução do crime. Falamos, aqui, do direito constitucionalmente consagrado ao desenvolvimento da personalidade. Passamos a explicar.

O art. 26º, n.º1 da CRP prevê que “a todos são reconhecidos os direitos (...) ao desenvolvimento da personalidade”, ou seja, tal como explicam Jorge Miranda e Rui Medeiros, “o art. 26º, articulado com a exigência axial do respeito pela dignidade humana e com a referência genérica ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, implica uma tutela abrangente da personalidade, incluindo a própria formação da personalidade”⁴⁸.

⁴⁷ Albuquerque, 2015, p. 631.

⁴⁸ Miranda & Medeiros, 2010, p. 614.

O cérebro do ser humano encontra-se em desenvolvimento até para lá dos vinte anos, mas é, sobretudo, até aos dezassete anos que o indivíduo está em formação tanto a nível moral, como a nível mental⁴⁹.

Portanto, na idade da infância e da adolescência é quando se verifica uma maior evolução na formação dos aspetos físico, afetivo e cognitivo do ser humano. No fundo, o que pretendemos dizer é que, até aos 18 anos, o indivíduo passa por um processo mais intenso de desenvolvimento da sua personalidade, sendo que a fase dos 14 aos 18 anos é marcada por grande instabilidade, sendo uma fase determinante para a formação da personalidade⁵⁰.

Assim sendo, afigura-se, sem dúvida alguma, um processo decisivo para o futuro de qualquer pessoa. É aí, nesse tempo, que, na maior parte dos casos, decidimos o que queremos fazer no futuro, temos as nossas ambições, os nossos sonhos, construímos crenças e convicções, e nos formamos enquanto pessoas e enquanto adultos que seremos.

Ora, se este direito vem consagrado constitucionalmente, é um direito que a todos, sem exceção, diz respeito.

Quando uma criança é capturada e inserida num esquema criminoso de tráfico, a sua liberdade e o seu desenvolvimento são profundamente afetados.

Acabam-se sonhos, acabam-se esperanças, acaba-se a crença no futuro. Mesmo que uma criança seja recuperada pelas autoridades competentes, nunca mais irá ser o adulto que seria se esse traumático episódio não tivesse acontecido.

Assim sendo, parece-nos que se afigura naturalmente compreensível a importância que o direito ao desenvolvimento da personalidade assume sempre que estejam em causa crianças e jovens⁵¹.

Não nos queremos alongar muito mais, até porque esta questão sociológica irá ser tratada e aprofundada num capítulo próprio. O que pretendemos demonstrar com esta exposição é que, de facto, quando uma criança é vítima de tráfico, este direito ao desenvolvimento da personalidade, que é constitucionalmente consagrado, é fortemente afetado, numa escala que muitas vezes se afigura como monstruosa e irreversível.

Assim, entendemos que o legislador, ao prever um modo de execução livre para o tráfico de menores, pretendeu proteger este direito ao desenvolvimento da personalidade.

⁴⁹ Fernandes, 2016, pp. 4-5.

⁵⁰ Cunha, 2017, p. 371.

⁵¹ Miranda & Medeiros, 2010, p. 614.

2. O tráfico de menores qualificado – art. 160º, n.º 3

A Revisão Penal de 2007 intensificou ainda mais a proteção das crianças vítimas de tráfico.

O n.º 3 do art. 160º prevê, no caso de tráfico de menores, a qualificação do crime, elevando o limite máximo para 12 anos de prisão, quando ocorra alguma das três seguintes situações: relativamente aos meios, quando o agente utilizar qualquer um dos meios previstos no n.º 1 e, relativamente ao agente, quando este atue profissionalmente ou com intenção lucrativa⁵².

Taipa de Carvalho⁵³ tece três comentários relativamente a estas três situações.

Em relação à qualificação por causa dos meios, caracteriza-a como “compreensível”, fundamentando que, uma vez que se trata de tráfico de menores, é razoável que não haja exigência de qualquer meio especial para que se verifique o crime ‘fundamental’ de tráfico de pessoas. Concordamos, plenamente, com este autor.

Pelas razões que aprofundámos no capítulo anterior, nomeadamente por as crianças serem “presas” mais fáceis nas mãos destes “predadores” – os traficantes –, os modos de execução do crime podem ser menos elaborados, menos engenhosos. À partida, poderá ser mais fácil capturar uma criança do que um adulto que tem outros mecanismos de defesa, outra resistência. Não seria, portanto, razoável, nem sequer compreensível, que a lei não tratasse de forma diferente o que é, de facto, diferente⁵⁴.

A acrescer ao que se acabou de explicitar, é importante também referir o impacto que o modo de execução do crime pode ter na vida de uma criança. Como sabemos, e infelizmente, as manobras criminosas estão constantemente a inovar. À medida que o ser humano evolui, também a mente criminosa acompanha essa evolução. Nessa medida, seria humanamente impossível estar a especificar no tipo legal todo e qualquer meio passível de configurar o crime de tráfico. Nem se poderia, de forma alguma, responsabilizar criminalmente de igual forma o agente que através, por exemplo, de violência extrema trafica uma criança, em comparação com aquele agente que utiliza meios bastante menos cruéis. Por sua vez, o primeiro agente irá provocar no menor um sofrimento e uma dor muito maiores do que o segundo agente.

Em suma, se por um lado consideramos defensável que, de facto, não sejam exigíveis meios específicos para que a conduta do agente possa ser considerada como tráfico de menores, por outro lado, consideramos louvável que o legislador tenha previsto a agravação da pena para os meios constantes do n.º 1.

⁵² Carvalho, 2012, p. 689.

⁵³ Carvalho, 2012, p. 689.

⁵⁴ Na nossa opinião, este tratamento diferente daquilo que, verdadeiramente, é diferente afigura-se como uma manifestação clara do princípio da igualdade, que, como sabemos, está constitucionalmente consagrado no art. 13º da CRP.

Em segundo lugar, a lei prevê que essa mesma agravação se possa dever ao facto de o agente atuar com intenção lucrativa. Taipa de Carvalho considera discutível, uma vez que entende que esta intenção anda quase sempre associada ao crime de tráfico.

Também aqui, concordamos com este autor. É verdade que, geralmente, por detrás de um crime de tráfico, estão, quase sempre, envolvidos valores monetários, muitos deles bastante avultados, tanto relativamente ao crime de tráfico de adultos como ao crime de tráfico de crianças.

Mas também é verdade que, tal como diz o ditado, “há razões que a própria razão desconhece” e, apesar de, na esmagadora maioria das vezes, por detrás do crime de tráfico de pessoas estar muito dinheiro envolvido, a mente humana pode ser complexamente cruel, podendo o agente não visar o lucro, mas uma mera sensação de prazer e superioridade em traficar.

Defendemos, portanto, que, apesar de a exceção fazer a regra e poderem estar na origem do crime outras motivações que não a financeira, verdade é que uma maioria bastante significativa dos agentes tem como intenção lucrar financeiramente com o crime.

Assim, entendemos que esta situação não deveria estar prevista no tipo legal. O que sugerimos que deveria acontecer seria, eventualmente, e mediante uma análise ponderada da questão, alargar a moldura penal e, por sua vez, os agentes que praticassem o crime sem uma intenção lucrativa poderiam ver esse facto considerado na determinação da pena concreta.

Por último, a terceira situação que o tipo legal contempla tem a ver com as situações em que o agente atua profissionalmente.

Taipa de Carvalho defende que esta agravante se justifica, mas que deveria estar prevista, também, para o tráfico de adultos. Concordamos, plenamente, com o autor.

Ora, se atrás defendemos que se deve tratar diferentemente aquilo que, de facto, é diferente, percebendo que as realidades do crime de tráfico de adultos e do crime de tráfico de crianças podem ser, e são, distintas, neste caso defendemos que o tratamento deveria ser igual, porque, na nossa opinião, a questão já não tem a ver com a idade do ser humano que é traficada.

Defendemos, neste caso, que esta agravante deveria ser aplicada também ao tráfico de adultos. Senão vejamos.

O direito penal assume funções de prevenção geral e especial, como sabemos⁵⁵. Desta forma, e como função de prevenção geral positiva, é necessário consciencializar a

⁵⁵ Conforme sumário do Ac. do TRC, datado de 10/03/2010, cujo n.º do processo é 1452/09.9PCCBR,C1: “2. O fim do direito penal é o da protecção dos bens jurídico-penais e a pena é o meio de realização dessa tutela, havendo de estabelecer-se uma correlação entre a medida da pena e a necessidade de prevenir a prática de futuros crimes, nesta entrando as considerações de prevenção geral e especial.

sociedade para o bem jurídico que, no caso concreto, é posto em causa. Agravar a pena de alguém que, profissionalmente, trafica menores e não fazer o mesmo a quem, profissionalmente, trafica adultos, parece-nos que é tratar diferentemente aquilo que, neste caso, é idêntico.

Não poderemos, de todo o modo, afirmar que as situações de tráfico de menores são exatamente iguais às de tráfico de adultos. As vítimas são distintas, bem como a sua capacidade de reação e a sua vulnerabilidade, como acima melhor explanámos. Também o impacto que esta conduta criminosa tem na vida de uma criança é bastante distinto do impacto que causa na vida de um adulto. No entanto, parece-nos que seria uma inovação legislativa louvável, caso se previsse esta agravante da atuação profissional também para os crimes de tráfico que são cometidos contra adultos.

Assim, não nos parece justo que para o tráfico de seres humanos adultos não esteja prevista esta circunstância agravante.

Abordadas as circunstâncias previstas no n.º 3 do art. 160º, vamos, agora, abordar a questão do n.º 4 do art. 160º.

3. O n.º 4 do art. 160º: agravação da pena

A Lei n.º 60/2013 trouxe mais um notável contributo na punição do crime de tráfico de pessoas, desta vez, tanto de adultos como de crianças.

O n.º 4 do art. 160º⁵⁶ veio contemplar uma série de importantes e desastrosas circunstâncias que, se verificadas, agravam em um terço os limites mínimo e máximo das penas previstas nos n.ºs 1, 2 e 3 do art. 160º.

Deste modo, o mencionado dispositivo legal veio prever a agravação da moldura penal se a conduta referida tiver colocado a vida da vítima em perigo, tiver sido cometida com especial violência ou tiver causado à vítima danos particularmente graves, tiver sido cometida por um funcionário no exercício das suas funções, ou tiver como resultado o suicídio da vítima.

Segundo Mouraz Lopes e Caiado Milheiro, estas circunstâncias constituem “ações ou resultados mais desvaliosos demonstrativos de um quadro de ilicitude e juízo de censura mais gravoso e que aumentam as necessidades da pena em termos de prevenção geral e especial”⁵⁷.

3. Pela prevenção geral (positiva) faz-se apelo à consciencialização geral da importância social do bem jurídico tutelado e pelo outro no restabelecimento ou revigoramento da confiança da comunidade na efectiva tutela penal dos bens tutelados; pela prevenção especial pretende-se a ressocialização do delinquente (prevenção especial positiva) e a dissuasão da prática de futuros crimes (prevenção especial negativa)”, retirado de www.dgsi.pt, consultado em 30/11/2017.

⁵⁶ Este normativo legal veio na sequência das circunstâncias previstas no art. 24º da Convenção do Conselho da Europa relativa à Luta contra o Tráfico de Seres Humanos e no art. 4º da Diretiva 2011/36/EU.

⁵⁷ Lopes & Milheiro, 2015, p. 238.

Não nos será difícil imaginar o amplo leque de consequências às quais as vítimas do tráfico de seres humanos estão sujeitas. É inegável que toda a situação vivenciada por alguém que é traficado se afigura traumática para toda a vida. Contudo, o *modus operandi* varia, naturalmente, de agente para agente, bem como as consequências que dele advêm.

Se, por um lado, temos agentes que tratam as suas vítimas de uma forma profundamente devastadora e selvagem, aplicando-lhes violência física e psicológica extremas, por outro lado, casos há em que o agente traficante tem uma postura bastante mais moderada e passiva.

Com isto, pretendemos demonstrar que não seria justo, nem tão-pouco se conseguiria prosseguir as finalidades de prevenção especial e geral do direito penal – sendo também diverso o grau de culpa dos agentes –, caso se tratasse de igual modo tanto as situações em que a vítima está sujeita a um cenário de violência extrema, com desfechos mais penosos, como aquelas situações em que a vítima não se encontra sujeita a uma situação de violência extrema que implique para si, para a sua vida e integridade física, danos irreversíveis.

Dentro do próprio tipo legal, estão previstos, naturalmente, vários possíveis desfechos e diversos tipos de condutas que importam distintos tipos de sofrimento, físico e psicológico, para a vítima.

Desta forma, a conduta de traficar o ser humano, seja qual for a sua idade, importa um elevado grau de censura e uma necessidade de criminalização da mesma. No entanto, e como bem sabemos, a arte do crime é algo que está em constante inovação, comportando um leque alargadíssimo de condutas, manobras, realidades e inflição de sofrimentos. Assim, a própria lei deve contemplar, expressamente, soluções e penas mais gravosas para os agentes que se socorram de meios mais bárbaros, e cujas sequelas e repercussões se afigurem mais nefastas.

Abordado o tema do tráfico de menores, passaremos agora a uma questão muito controversa na doutrina e na jurisprudência, e que nos suscita particular interesse, que diz respeito ao concurso entre o crime de tráfico de menores e os crimes-fim, como, por exemplo, os crimes de lenocínio e pornografia de menores.

IV – A questão do concurso: efetivo ou aparente?

Sendo o tema da presente dissertação o *tráfico de crianças para fins de exploração sexual*, cumpre-nos, agora, analisar e refletir sobre uma questão essencial: a questão do concurso entre o crime de tráfico de pessoas e os crimes-fim, que, neste caso, serão os crimes sexuais.

Assim, propomo-nos expor as diferentes posições que são assumidas pela nossa doutrina para, em seguida, adotarmos uma posição relativamente a este assunto, fundamentando, naturalmente, o porquê dessa tomada de posição.

Primeiramente, devemos esclarecer o que se entende, então, por exploração sexual. Tal como explica Maia Gonçalves, o anterior tipo legal que previa o tráfico de pessoas – art. 169º – apenas contemplava as condutas que tivessem como fim a prostituição ou atos sexuais de relevo, isto é, era um tipo legal bastante restritivo⁵⁸. Hoje em dia, felizmente, não é assim.

O mesmo autor esclarece que, para além da prostituição e de atos sexuais de relevo, qualquer atividade de exploração do sexo está abrangida pela previsão legal. Exemplo disto será, por exemplo, o caso da pornografia de menores, que vem legalmente prevista no art. 176º do CP⁵⁹. Até então, esta conduta não estava inserida no tráfico de pessoas, nomeadamente no de menores⁶⁰. Com a Reforma Penal de 2007 acabou-se, e bem, com o leque restrito daquilo que era considerado exploração sexual.

Percebido o que se entende por exploração sexual, vejamos, agora, a querela doutrinal do concurso.

Nas palavras de Taipa de Carvalho, o crime de tráfico de pessoas pode ser designado por “crime de dupla ação”⁶¹. Passamos a explicar. Num primeiro momento, temos a ação típica do tráfico, que é, por exemplo, a ação de entrega, transporte, alojamento, etc., da pessoa que é traficada, onde, por detrás dessa conduta, há uma intenção de sujeitar essa pessoa a alguma das formas de exploração previstas no tipo legal, que, no caso em estudo, é a exploração sexual. Depois, num segundo momento, há a efetiva exploração sexual dessa pessoa, ou seja, falamos aqui da sujeição da pessoa à exploração.

Há situações em que o agente que trafica não é o mesmo agente que vai explorar a vítima, isto é, um indivíduo entrega determinada pessoa a outro indivíduo para que este último a explore sexualmente. Nestes casos, não há dúvidas. A doutrina e a jurisprudência são unânimes: o primeiro agente irá ser julgado pelo crime de tráfico e o segundo agente irá ser julgado pelo crime sexual correspondente.

⁵⁸ Gonçalves, 2007, p. 614.

⁵⁹ Este artigo, no seu n.º 1, estipula as condutas que são qualificadas como pornografia de menores, sendo elas: a utilização do menor em espetáculo pornográfico ou o aliciamento do mesmo para esse fim; a utilização do menor em fotografia, filme ou gravação pornográficos, independentemente do seu suporte, bem como o seu aliciamento para esse fim; a produção, distribuição, importação, exportação, divulgação, exibição ou cessão, a qualquer título ou por qualquer meio, dos materiais acima descritos; e a aquisição ou detenção dos materiais previstos na alínea b) deste preceito legal com o propósito de os distribuir, importar, exportar, divulgar, exibir ou ceder.

⁶⁰ Em bom rigor, o tipo legal do crime de pornografia de menores foi introduzido no nosso sistema penal apenas com a Lei n.º 59/2007, de 04 de setembro., autonomizando, assim, algumas das condutas que, até então, vinham previstas no art. 172º, n.º 3, c) e d) e n.º 4 da anterior redação (Antunes & Santos, 2012, p. 878).

⁶¹ Carvalho, 2012, p. 687.

Os problemas surgem quando o agente que trafica e o agente que explora são a mesma pessoa. É nestes casos que se coloca a questão do concurso de crimes.

Ora, nestes casos a doutrina divide-se por completo. De um lado, temos autores que entendem que se verifica concurso efetivo, de outro lado, temos autores que defendem que estamos perante uma situação de concurso aparente.

Antes de passarmos a explicitar quais os autores que defendem o quê, consideramos oportuno fazer uma breve distinção do concurso aparente e do concurso efetivo.

O art. 30º, n.º 1 do CP consagra que “o número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efetivamente cometidos, ou pelo número de vezes que o tipo de crime for preenchido pela conduta do agente”.

Tal como explica Pinto de Albuquerque, o concurso efetivo de crimes consiste na subsunção dos factos a uma pluralidade de “tipos de crimes” com um desvalor jurídico autónomo⁶².

Por sua vez, o concurso aparente de crimes traduz-se numa pluralidade de tipos legais de crime violados pela conduta global, apresentando uma dominância de um único sentido de desvalor de resultado do ilícito⁶³.

Importa esclarecer que, ao contrário do que se passa com o concurso efetivo⁶⁴, no concurso aparente, o ordenamento jurídico-penal português não previu normas expressas que regulassem o seu regime de punição.

Assim, e devido a esta lacuna legal, Figueiredo Dias veio propor o seguinte regime: considerar a moldura penal do concurso aquela que corresponde ao sentido dominante de desvalor do ilícito, a qual, por sua vez, corresponderá à moldura penal mais gravosa, aquela que diz respeito ao tipo legal mais gravoso. Por sua vez, os crimes menos graves irão funcionar como circunstâncias agravantes na determinação concreta da pena⁶⁵.

Para uma melhor compreensão do que é, então, o concurso aparente de crimes, Paula Faria dá o exemplo de um possível concurso entre os crimes dos arts. 131º e 132º⁶⁶ do CP. Vejamos.

Imaginemos que um indivíduo mata outra pessoa e que, para tal, utiliza veneno. Se, por um lado, é certo que a conduta deste indivíduo integra o tipo legal do art. 131º – homicídio –, por outro lado, também é certo que a mesma conduta integra o tipo legal do art. 132º – homicídio qualificado –, mais concretamente a al. i) do n.º 2 do preceito

⁶² Albuquerque, 2015, p. 218.

⁶³ Dias, 2007, p. 1036.

⁶⁴ Em que o art. 77º, n.º 2 do CP esclarece de que forma se vai calcular a moldura penal.

⁶⁵ Dias, 2007, pp. 1036-1037.

⁶⁶ Faria, 2017, p. 382.

legal. Assim, temos uma só conduta – matar com veneno –, que é suscetível de integrar dois tipos legais.

Ora, Paula Faria explica, então, que este agente apenas irá ser punido pelo tipo legal de homicídio qualificado, uma vez que este descreve o facto de forma específica, supondo um grau de ilicitude e de culpa particulares⁶⁷. Atente-se que, nos casos em que se verifica um concurso aparente de crimes, às condutas praticadas correspondem, abstratamente, vários tipos legais; contudo, não é possível falar, efetivamente, de crimes autónomos.

Naturalmente que à solução do concurso aparente estão associadas questões de garantia criminal, desde logo a que decorre do princípio segundo o qual ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo crime⁶⁸.

Pegando no exemplo acima explanado, se alguém que mata outra pessoa fosse punido, em simultâneo, pelos crimes de homicídio e homicídio qualificado, teríamos uma clara violação do princípio constitucional *ne bis in idem*, ou seja, o indivíduo seria punido, duas vezes, pelo mesmo crime. Assim, e como explica Paula Faria, a proibição da dupla punição visa garantir a equidade e certeza jurídica, impedindo “uma resposta penal excessiva do Estado, que não seria legítima quer sob o ponto de vista da necessidade e proporcionalidade da pena, quer sob o ponto de vista da reeducação e da reintegração social do agente”⁶⁹.

Feita esta breve distinção entre um tipo de concurso e outro⁷⁰, vejamos, agora, finalmente, quais as diferentes posições adotadas, começando por analisar a situação do concurso entre o crime de tráfico de menores e o crime de lenocínio de menores, p. e p. pelo art. 175º do CP⁷¹.

Em jeito de nota prévia, importa esclarecer que quase todos os autores citados, quando abordam o tema do concurso, fazem-no em relação ao tráfico de adultos; no entanto, consideramos que o mesmo entendimento e os mesmos fundamentos serão de aplicar ao tráfico de menores.

Surge-nos, em primeiro lugar, a posição de Taipa de Carvalho⁷². Este autor defende ser de aplicar o concurso efetivo às situações em que o agente pratica a ação do

⁶⁷ Faria, 2017, p. 382.

⁶⁸ Falamos do princípio *ne bis in idem* ou *non bis in idem* (art. 29º, nº 5 da CRP).

⁶⁹ Faria, 2017, p. 382.

⁷⁰ Para uma abordagem mais profunda à questão da distinção entre concurso efetivo e concurso aparente, Dias, 2007.

⁷¹ Prevê o art. 175º do CP que: “1 - Quem fomentar, favorecer ou facilitar o exercício da prostituição de menor ou aliciar menor para esse fim é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos. 2 - Se o agente cometer o crime previsto no número anterior: a) Por meio de violência ou ameaça grave; b) Através de ardil ou manobra fraudulenta; c) Com abuso de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho; d) Atuando profissionalmente ou com intenção lucrativa; ou e) Aproveitando-se de incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima; é punido com pena de prisão de dois a dez anos.”

⁷² Carvalho, 2012, pp. 687-689.

tráfico já com o objetivo de, posteriormente, vir a ser ele mesmo a explorar sexualmente a vítima, ou seja, deverá o agente responder pelos dois crimes que efetivamente cometeu: o de tráfico de pessoas e o de lenocínio. Taipa de Carvalho entende que, uma vez que o concurso efetivo é a solução defendida para o crime de rapto, e posterior prática de crime sexual, deve ser esta, tendo em conta a analogia das situações, a acolhida para o crime de tráfico de pessoas.

A perfilhar o mesmo entendimento, surge-nos Anabela Miranda Rodrigues⁷³. Esta autora, num primeiro momento, salvaguarda o facto de, tanto no tipo legal de lenocínio como no tipo legal de tráfico, ser o bem jurídico “liberdade da pessoa” que se encontra protegido. No entanto, deixa claro que ambos os tipos legais assumem dimensões diferentes: se, por um lado, no tipo legal de tráfico de pessoas se protege a liberdade de decisão e de ação, por outro lado, o tipo legal de lenocínio visa proteger a liberdade sexual.

Anabela Miranda Rodrigues entende que não devemos falar em concurso aparente, visto que no caso de estarem preenchidos os dois tipos legais de crimes (tráfico de pessoas e lenocínio), então, o comportamento do agente vai revelar “uma pluralidade de sentidos sociais de ilicitude”⁷⁴, que, aliás, deverão ser integralmente valorados e aplicada numa pena conjunta nos termos do art. 77º, n.º 2 do CP⁷⁵.

No fundo, o que a autora defende é que, uma vez que a conduta do agente assume duas dimensões diferentes, duas condutas distintas, integrando dois tipos legais – por um lado a deslocação sob coação de uma pessoa (tráfico) e, por outro lado, a sua exploração sexual (lenocínio) –, então, também essas circunstâncias devem ser valoradas na punição do agente, devendo o mesmo ser punido em sede de concurso efetivo⁷⁶.

Feita a identificação dos autores que defendem o concurso efetivo, e consequente explanação dos seus motivos, vejamos, agora, quem entende que ao agente que trafica e, posteriormente, fomenta a prostituição, deverá ser aplicado o instituto do concurso aparente.

Em posição completamente oposta à do concurso efetivo, surge-nos, em primeiro plano, Pinto de Albuquerque, que perfilha o entendimento de que, nestes casos, será de aplicar o instituto do concurso aparente, devendo o agente ser punido pelo crime de tráfico por este ter uma moldura penal mais elevada, tratando-se, portanto, de uma situação de consunção impura, sendo que o agente deve ser julgado pelo crime-meio e não pelo crime-fim⁷⁷.

⁷³ Rodrigues, 2010, p. 584.

⁷⁴ Rodrigues, 2010, p. 584.

⁷⁵ Este normativo legal vem regular que, no caso de estarmos perante a punição do concurso, “a pena aplicável tem como limite máximo a soma das penas concretamente aplicadas aos vários crimes”.

⁷⁶ Realçamos o facto de a autora se referir ao tráfico de pessoas adultas.

⁷⁷ Albuquerque, 2015, p. 633.

No entanto, Pinto de Albuquerque não se encontra sozinho neste entendimento. Também Mouraz Lopes e Caiado Milheiro são da opinião de que, nestes casos, existirá uma situação de concurso aparente, uma vez os atos sexuais não consentidos inerentes à exploração sexual afiguram-se como pressupostos e objetos da ação do traficante, devendo assim considerar-se estes atos englobados pelo crime de tráfico de pessoas⁷⁸.

Mouraz Lopes e Caiado Milheiro vão ainda mais longe ao afirmarem que o entendimento de que se deverá verificar um concurso efetivo viola o princípio *ne bis in idem*, já que um dos bens jurídicos tutelados pelo crime de tráfico, enquanto corolário da liberdade pessoal, é a liberdade sexual⁷⁹.

Desta forma, os autores defendem, também, que o agente traficante deverá ser punido pelo crime mais gravoso, que, em princípio, é o tráfico de pessoas⁸⁰.

Por último, também os autores Míguez Garcia e Castela Rio abraçam o entendimento de que se verifica um concurso aparente entre os crimes de tráfico de pessoas e de lenocínio, devendo o agente ser julgado pelo primeiro crime, que, por ter uma moldura penal mais gravosa que o segundo, irá absorver este⁸¹.

Feita a abordagem doutrinária, cumpre-nos agora adotar uma posição e fundamentá-la.

Em jeito de nota, pretendemos salientar o que em cima já dissemos: a doutrina tem desenvolvido a questão do concurso, fazendo sempre referência aos crimes que são cometidos contra adultos. No entanto, pensamos que podemos, analogamente, equiparar tais entendimentos relativamente aos crimes de tráfico e lenocínio contra menores, uma vez que os argumentos são idênticos, nomeadamente quanto à questão da moldura penal do tráfico de menores, que é superior à do lenocínio de menores do tipo legal do art. 175º do CP, tal e qual como acontece em relação aos tipos legais em que as vítimas são pessoas adultas.

Não poderemos, obviamente, deixar de salientar o teor delicado que esta questão levanta, sendo nossa obrigação, sem sombra de dúvidas, fazer uma ponderação minuciosa de todos os argumentos que estão em causa, antes de tomarmos uma posição.

Vejamos, então, que posição fundamentada iremos adotar.

Em primeiro lugar, consideramos relevante esclarecer quais os bens jurídicos em causa num e noutro tipo legal.

Por um lado, temos a posição assumida por Mouraz Lopes e Caiado Milheiro, que entendem, como já melhor explanámos, que o bem jurídico acaba por ser o mesmo uma

⁷⁸ Lopes & Milheiro, 2015, pp. 245-246.

⁷⁹ (Lopes & Milheiro, 2015, p. 246.

⁸⁰ Caso a moldura abstrata puna de forma mais gravosa o crime sexual, então este será o crime pelo qual o agente deverá ser julgado.

⁸¹ Garcia & Rio, 2014, p. 667.

vez que a liberdade sexual se afigura como parte da liberdade pessoal. Por outro lado, temos o entendimento de Anabela Miranda Rodrigues, no sentido de que o bem jurídico que se encontra protegido em ambos os tipos legais é a “liberdade pessoal”, assumindo, no entanto, expressões diferentes em cada um deles: num está protegida a liberdade de ação e de decisão, noutro, está protegida a liberdade sexual.

Assim sendo, e no que aos bens jurídicos diz respeito, algumas considerações teremos a tecer.

A distinção entre os crimes contra adultos e os crimes contra as crianças, neste aspeto, afigura-se fundamental. Se, por um lado, o bem jurídico protegido no crime de tráfico de menores é a liberdade de ação, e, em última *ratio*, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, por outro lado, no crime de lenocínio de menores não será – ou não será apenas – a liberdade sexual que está em causa, mas sim a autodeterminação sexual. Neste aspeto, o lenocínio de adultos e o lenocínio de menores é bastante distinto⁸².

Assim sendo, fundamentalmente, e na nossa opinião, estarão aqui em causa bens jurídicos bastante distintos. Passamos a explicar.

Por um lado, no crime de tráfico de menores, previsto nos n.ºs 2 e 3 do art. 160º, o bem jurídico protegido, em primeiro plano, é a liberdade pessoal – apenas em segundo plano consideramos encontrar-se protegida a liberdade sexual. Por outro lado, no crime de lenocínio de menores, previsto no art. 175º, o bem jurídico protegido é a autodeterminação sexual, ou, por outras palavras, e tal como explica Maria João Antunes, o que se pretende tutelar “é o livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual, criando as condições para que esse desenvolvimento se processe de uma forma adequada e sem perturbações”⁸³.

Também Conceição Cunha⁸⁴ entende e esclarece que os bens jurídicos liberdade e autodeterminação sexual estão estritamente ligados, na esfera sexual, ao direito à integridade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade⁸⁵.

Assim sendo, não restam dúvidas de que, no que aos crimes praticados contra menores diz respeito – mas também os praticados contra adultos –, não se pode considerar que os tipos legais de tráfico e lenocínio de menores protejam exatamente os mesmos bens jurídicos.

⁸² Até porque, como bem sabemos, o tipo legal que contempla o lenocínio de adultos é o art. 169º do CP, encontrando-se inserido no capítulo dos “crimes contra a liberdade sexual”. Por sua vez, o tipo legal que contempla o lenocínio de menores é o art. 175º do CP, encontrando-se inserido este normativo no capítulo dos “crimes contra a autodeterminação sexual”.

⁸³ Antunes, 2012, p. 873.

⁸⁴ Cunha, 2017, p. 348.

⁸⁵ Arts. 25º, n.º 1, 26º, n.º 1 e 1º da CRP.

Relativamente aos tipos legais de tráfico e lenocínio cometidos contra menores, poderemos até concordar que ambos tutelam o livre desenvolvimento da criança, mas, na nossa opinião, é inegável que o lenocínio tutela, especificamente, a vertente sexual, ao contrário do que sucede com o tipo legal de tráfico de menores⁸⁶.

Continuemos, então, a nossa análise.

Um plano sobre o qual, manifestamente, se reflete esta questão do concurso – efetivo ou aparente – de crimes tem a ver com as finalidades de prevenção geral e especial da pena⁸⁷.

Como sabemos, a prevenção geral, nomeadamente na sua vertente positiva, diz respeito ao “apelo à consciencialização geral da importância social do bem jurídico tutelado”⁸⁸. Esta vertente da prevenção diz respeito à comunidade, tem um sentido social.

Por sua vez, a prevenção especial tem a ver com o agente que comete o facto criminoso. Assim, a prevenção especial positiva afigura-se como a necessidade de ressocialização do indivíduo, enquanto a vertente negativa desta prevenção especial diz respeito à dissuasão do infrator da prática de futuros delitos.

Mas, então, em que medida é que a questão do concurso se pode refletir nas funções de prevenção?

Para respondermos a esta questão, necessitamos de fazer uma breve revisão relativamente ao modo como se apura a moldura penal em caso de concurso efetivo de crimes e em caso de concurso aparente.

Se estivermos perante um caso de concurso efetivo de crimes, nos termos do art. 77º, n.º 2 do CP, e como explica Rodrigues da Costa, a pena aplicável, ou seja, a moldura penal, tem como limite máximo a soma das penas concretamente aplicadas, não podendo, contudo, ultrapassar o limite de 25 anos, tratando-se de pena de prisão, e, como limite mínimo, a mais elevada daquelas penas⁸⁹.

Em contrapartida, quando estamos numa situação de concurso aparente de crimes, vai ser aplicada a moldura penal do tipo que previr uma moldura mais gravosa.

Assim sendo, se optarmos pelo concurso efetivo, em princípio, a moldura penal vai ser mais gravosa que a do concurso aparente. Isto reveste, naturalmente, um papel significativo nas finalidades de prevenção geral e especial. Ora vejamos.

⁸⁶ É claro que o tráfico também se refere à liberdade sexual porquanto prevê as finalidades de exploração sexual, mas verdade é que esta lesão não tem de se consumir para, por sua vez, se consumir o crime de tráfico.

⁸⁷ Finalidade de prevenção que vem expressamente consagrada no n.º 1 do art. 71º do CP, na medida em que “a determinação da medida da pena, dentro dos limites definidos na lei, é feita em função da culpa do agente e das exigências de prevenção”.

⁸⁸ Ac. do TRC, datado de 10/03/2010, cujo n.º do processo é 1452/09.9PCCBR,C1, retirado de www.dgsi.pt, consultado em 30/11/2017.

⁸⁹ Costa, 2016.

O tráfico de seres humanos, nomeadamente o de crianças, suscita, na sociedade dos nossos dias, uma preocupação primordial. São inúmeras as crianças vítimas de tráfico e, no nosso país, os casos, por muito que se pense o contrário, não são raros. São crianças, com uma vida pela frente, e uma personalidade em desenvolvimento, que, num primeiro momento, veem a sua liberdade degradada a condições execráveis e, posteriormente, são exploradas por predadores sexuais.

Queremos com isto dizer que, se a moldura penal for superior, como o é, em princípio, no caso do concurso efetivo, talvez seja possível consciencializar melhor a sociedade para a importância dos bens jurídicos que, com o cometimento destes crimes, são postos em causa, cumprindo, assim, de forma mais eficaz a finalidade de prevenção geral.

E, não poderemos, também, deixar de fazer menção aos benefícios de uma moldura penal mais severa no que à prevenção especial diz respeito. Se o agente que, simultaneamente, cometeu os crimes de tráfico de menores e de lenocínio de menores, estiver sujeito a uma moldura penal mais gravosa, acreditamos que a diminuição da reincidência é mais provável.

Além disto, não poderíamos deixar de fazer referência ao seguinte. Imaginemos que um agente comete, simultaneamente, os crimes previstos nos arts. 160º, n.º 2 e 175º, n.º 1 ou n.º 2 do CP, em comparação com outro agente que pratica um crime de roubo qualificado p. e p. pelo art. 210º, n.º 2 do CP. Se adotássemos o entendimento de que, ao primeiro agente, seria de aplicar o concurso aparente de crimes, então a moldura penal que lhe seria aplicada seria a do crime de tráfico de pessoas, ou seja, de 3 a 10 anos de prisão. Por sua vez, o agente que pratica o crime de roubo qualificado, p. e p. pelo art. 210º, n.º 2 al. b) do CP, seria julgado por uma moldura penal de 3 a 15 anos de prisão.

Assim sendo, pretendemos com esta exemplificação explicar que não concebemos, nem podemos conceber, que um agente que trafica um menor e, posteriormente, o explora sexualmente, “roubando-lhe” a sua liberdade, o seu saudável crescimento, a sua dignidade sexual e a sua inocência, seja favorecido em comparação com um agente que praticou um crime contra o património, mais especificamente, um crime contra a propriedade. Não faz, naturalmente, qualquer tipo de sentido.

Sabemos, também, que o crime de roubo não lesa apenas bens patrimoniais, mas também bens pessoais, uma vez que um roubo implica sempre algum grau de violência, por diminuto que seja⁹⁰. No entanto, o grau de intensidade da própria violência é bastante distinto nos casos do art. 160º e do art. 210º. Não estamos, naturalmente, a referir-nos às situações plasmadas pela al. a) do n.º 2 do art. 210º, em que o legislador previu a qualificação do crime de roubo nos casos em que é produzido perigo para a vida

⁹⁰ Sendo, precisamente, essa a maior distinção entre o crime de roubo e de furto.

da vítima, ou nos casos em que lhe é infligida, mesmo que por negligência, ofensa à integridade física grave. Estamos, sim, a falar, como referimos *supra*, dos casos da al. b) do n.º 2 do art. 210º.

Conseguimos, portanto, perceber a grande destrinça que existe entre a violência perpetrada nestes dois tipos legais e a que existe ao nível da moldura penal para um e outro caso.

Discutamos, agora, outra questão que, na nossa opinião, se afigura essencial para percebermos qual o tipo de concurso que devemos adotar.

Não nos será, naturalmente, difícil concordar que a conduta de um agente que trafica e explora é bastante mais censurável do que a de um agente que apenas trafica. Atente-se que não é, de todo, nossa intenção desvalorizar a conduta criminosa dos agentes que traficam para, posteriormente, “oferecer” a vítima a alguém que a vai explorar; no entanto, consideramos que, objetivamente, as condutas são diferentes, o juízo de ilicitude é distinto num e noutro caso. Passamos a explicar.

Entendemos que não é justo o sujeito que apenas trafica ser sujeito à mesma moldura penal que aquele que trafica e explora, porque, no fundo, é isto que acontece se optarmos pela aplicação do instituto do concurso aparente de crimes.

Imaginemos que, de um lado, temos o caso de um agente que pratica o crime do art. 160º, n.º 2 e, de outro lado, o caso de um agente que pratica, sucessivamente, o crime do art. 160º, n.º 2 e o crime do art. 175º, n.º 1. No fundo, o que vai acontecer é que, se optarmos pela teoria do concurso aparente de crimes, tanto um agente como outro vão ser sujeitos a uma moldura penal de 3 a 10 anos de prisão. Claro que a circunstância de, posteriormente, o segundo agente ter favorecido a prostituição de menor, o que não aconteceu com o primeiro, pode relevar para efeitos da determinação concreta da pena; no entanto, não nos parece justo, nem tão pouco algo que prossiga as funções preventivas do direito penal, que ambos sejam sujeitos à mesma moldura penal, mesmo que a pena concretamente aplicada seja distinta.

Parece-nos sim, que esta sujeição à mesma moldura penal não espelha, de todo, a censurabilidade que a conduta do agente que trafica e explora merece em relação à do agente que apenas trafica.

Em contraposição, se se optar pelo concurso efetivo de crimes, a moldura penal aplicável ao agente será superior à do agente que apenas trafica, o que vai ao encontro das nossas preocupações.

No limite, até poderíamos dizer que a opção pelo concurso aparente apenas iria fomentar que o agente que trafica venha, posteriormente, ele mesmo, a explorar sexualmente, uma vez que o tratamento de um e outro caso acabariam por ser idênticos.

Por todas estas razões que acabámos de explicar, somos da opinião que ao agente que, num primeiro momento, executa o crime de tráfico de menores e, subsequentemente, explora sexualmente o menor, deve ser aplicado o concurso efetivo de crimes, cuja moldura penal deverá ser calculada em função do previsto no art. 77º, n.º 2 do CP.

Também a jurisprudência acolheu este entendimento, como é o caso, por exemplo, do Ac. do Tribunal da Relação do Porto, datado de 14/05/2014, cujo n.º do processo é 6/08.1ZRPRT.P1⁹¹.

Este tribunal perfilhou a tese do concurso efetivo entre o crime de tráfico de pessoas e o crime de lenocínio de menores, fundamentando que “apesar de estarmos perante a proteção, em ambos os casos, do bem jurídico ‘liberdade da pessoa’ protegem-se manifestações/expressões diferentes dessa liberdade pessoal: num caso, a liberdade de ação ou decisão; no outro, a liberdade sexual. (...) o sentido de ilicitude revelado pela conduta do agente (um mesmo agente!) é plúrimo: a deslocação, sob coação (típica) de uma pessoa, e o favorecimento da prostituição sob coação (típica) dessa pessoa”.

Assim, este Tribunal decidiu perfilhar a posição do concurso real entre o crime de tráfico de pessoas e o crime de lenocínio de menores, ou seja, a posição defendida por Taipa de Carvalho e Anabela Miranda Rodrigues. Sustentou que os bens jurídicos são diferentes e que a conduta de alguém que transporta a vítima e, posteriormente, a explora sexualmente é muito mais grave e censurável do que a conduta de alguém que transportou ou alojou a vítima para que esta viesse a ser explorada, posteriormente, por outrem. Como argumento a favor da tese do concurso real, este Tribunal invocou ainda o facto de o próprio Código Penal Espanhol consagrar este tipo de situações e optar pelo concurso real de crimes.

Contudo, e como *supra* melhor se explicou, quando a lei prevê a incriminação da “exploração sexual”, não se refere apenas à prática do lenocínio, refere-se a outras atividades de exploração sexual de menores, como é o caso, por exemplo, da pornografia.

Assim sendo, entendemos que esta questão do concurso efetivo de crimes é de aplicar não só quando o crime de tráfico está em concurso com o crime de lenocínio de menores, mas também quando se encontra em concurso com outros crimes, como, por exemplo, com o tipo legal da pornografia de menores, p. e p. pelo art. 176º do CP. Entendemos assim pelas mesmas razões *supra* invocadas.

⁹¹ Retirado de www.dgsi.pt, consultado em 03/01/2018.

Apenas em jeito de nota, cumpre-nos, por último, dizer que, e tal como explica Pinto de Albuquerque, o agente comete tantos crimes de tráfico quantas as pessoas traficadas⁹², havendo, também aqui, concurso efetivo de crimes.

Feita a análise desta grande querela doutrinal, propomo-nos, agora, no capítulo que se segue, fazer uma análise numa vertente psicossocial do crime de tráfico de menores para fins de exploração sexual.

V – Tráfico de menores para exploração sexual: uma análise voltada para a vertente psicossocial

Feita a análise jurídica e legislativa do crime de tráfico de seres humanos, em especial, de crianças, e percebida a importância da inovação que a lei sofreu ao longo destes últimos quinze anos, cumpre-nos agora fazer uma abordagem do problema numa vertente um pouco diferente daquela que fizemos até agora.

Propomo-nos, de seguida, fazer uma análise voltada para a vertente psicossocial. Optámos pela elaboração deste capítulo, uma vez que acreditamos que o Direito não pode, de forma alguma, dissociar-se destas áreas.

Faz todo o sentido que o Direito colabore com ciências como a Psicologia e a Sociologia. Quando estamos a falar de crimes com a gravidade do tráfico de pessoas, esta importância ganha, em nosso entendimento, um relevo ainda maior.

Sabemos, como já referimos, que uma situação de tráfico humano é marcante para qualquer vítima, seja ela criança ou adulta, do sexo feminino ou masculino, tendo, para si, consequências verdadeiramente nefastas. Em contrapartida, mesmo com o esforço dos órgãos responsáveis, nem sempre se afigura como uma tarefa fácil detetar situações de tráfico, tanto para os OPC, como para o comum cidadão, tal como explica Marco Teixeira⁹³.

Assim, este autor utilizou a expressão “obscurantismo social” que, no nosso entendimento, espelha bem a forma como o tráfico de seres humanos se caracteriza na sociedade dos nossos dias. Marco Teixeira aponta como principais fatores para esta conjuntura criminal: a ausência da perspetivação do crime enquanto problema social solidário, sendo o mesmo encarado como um problema de um conjunto reduzido de pessoas, cujas dimensões não afetam a sociedade como um todo; a barreira linguística, uma vez que um conjunto significativo de vítimas não são de nacionalidade portuguesa; o ambiente social externo desconhecido, uma vez que muitas das vítimas são deslocadas do seu país e isto vai-lhes provocar um maior sentimento de insegurança, aumentando a

⁹² Albuquerque, 2015, p. 633.

⁹³ Teixeira, 2010, p. 56.

barreira de interação com os organismos e instituições, e, por último, a cultura do medo que os agentes criminosos utilizam para neutralizar as suas vítimas⁹⁴.

Acreditamos que esta realidade irá exigir dos organismos responsáveis uma atenção e conhecimento redobrados. Por sua vez, consideramos, também, que a própria comunidade civil deveria estar mais informada e mais preparada para a deteção destes casos. Ao contrário do que se possa pensar, ou melhor, do que se queira pensar, o tráfico de seres humanos não é algo do passado. É um problema bem atual que, certamente, poderá já ter acontecido mesmo à frente dos nossos olhos, mas, provavelmente, nem detetámos que poderíamos estar perante um caso de tráfico.

Importante é referir que o nosso país não serve apenas de palco para o tráfico humano. Apesar de este crime ocorrer internamente, dentro de fronteiras, a verdade é que se tem investigado, e descobriu-se que Portugal se afigura, também, como uma “nova rota no tráfico de crianças africanas”, ou seja, como uma porta de entrada para outros países, nomeadamente, a Alemanha e a França⁹⁵.

Por esta razão, pensámos que seria interessante conseguir perceber os indícios que uma vítima silenciosa pode revelar, bem como o estado físico e psicológico que apresenta.

Para tal, realizámos uma entrevista, no passado dia 11 de janeiro de 2018, na sede da APF⁹⁶ – Associação para o Planeamento do Família –, a Marta Pereira e Liliana Oliveira, dois membros importantíssimos da equipa técnica desta associação que se dedica à sinalização e ajuda de casos de vítimas de tráfico de seres humanos – tanto para fins de exploração sexual, como para outros modos de exploração –, não só de adultos (homens e mulheres), mas também de crianças⁹⁷. Tal como explica Marta Pereira, a APF é a entidade responsável pela gestão, funcionamento e equipa técnica dos CAP⁹⁸ – Centros de Acolhimento e Proteção⁹⁹.

Estes Centros têm como principal finalidade assegurar o acolhimento temporário de vítimas de tráfico, tanto mulheres, como homens, como crianças, em local onde estas

⁹⁴ Teixeira, 2010, pp. 56-57.

⁹⁵ Cfr. Notícia publicada pelo Diário de Notícias no dia 27/09/2017, retirado de <https://www.dn.pt/sociedade/interior/portugal-e-nova-rota-no-trafico-de-criancas-africanas-8800278.html>, consultada em 17/01/2018.

⁹⁶ A APF foi criada no âmbito do projeto CAIM – Cooperação, Ação, Investigação e Mundivisão, que se afigurou como um projeto-piloto no combate à prostituição e tráfico de mulheres para fins de exploração sexual, financiado pela Iniciativa Comunitária EQUAL.

⁹⁷ Importante referir que o guião completo da entrevista se encontra na secção de apêndices, intitulado de “Apêndice I”, pelo que nos propomos, no presente capítulo, a desenvolver umas breves reflexões e conclusões que retirámos da enriquecedora entrevista.

⁹⁸ Pereira, 2010, p. 73.

⁹⁹ Atualmente, e conforme o Anexo I, existem em Portugal dois CAP: o Centro de Acolhimento e Proteção para Mulheres vítimas de Tráfico de Seres Humanos e seus filhos menores e o Centro de Acolhimento e Proteção para Homens vítimas de Tráfico de Seres Humanos, ou seja, temos um CAP que acolhe vítimas do sexo feminino e outro CAP que acolhe vítimas do sexo masculino. Atualmente não há, ainda, nenhum CAP que tenha sido perspectivado apenas e só para vítimas menores, pelo que, tal como vem mais bem explicado no guião da entrevista (Anexo I), caso seja necessário aplicar uma medida de acolhimento a uma vítima menor, por norma, esta será institucionalizada num dos CAP.

se possam sentir seguras e acolhidas. Têm como principal preocupação devolver alguma estabilidade física e emocional à vítima, promovendo, conseqüentemente, a sua integração social. Para tal, proporcionam apoio psicológico, jurídico e médico, bem como os cuidados básicos de vida como a higiene, a alimentação e a segurança de que durante algum tempo (muitas vezes, anos) se viram privadas.

Faremos, agora, uma breve exposição relativamente a algumas conclusões que retirámos da entrevista, nomeadamente no que diz respeito aos indícios do crime e ao estado físico e psicológico das vítimas menores que são traficadas e, ulteriormente, exploradas sexualmente.

Mas, então, quais são os indícios que, por norma, estão ligados aos casos de tráfico de crianças para exploração sexual? Ora, se por vezes é difícil detetar um caso de tráfico humano de adultos, mais difícil se torna quando estamos a falar de crianças. E porquê? Uma das características inerentes à fase da infância é a vulnerabilidade, ou seja, as crianças têm sempre um tutor, um adulto que toma a maior parte das decisões por elas, não tendo portanto poder sobre si próprias. Por esta razão, as crianças que são vítimas de tráfico escondem, muitas vezes, que estão em risco. Além disto, algumas crianças demonstram, muitas vezes, sinais de carinho e respeito para com o tutor (traficante/explorador sexual).

Há, no entanto, sinais visíveis que podem ser indício de que algo está mal, como por exemplo, o facto de a criança não estar cuidada, ter a roupa suja e higiene claramente mal feita. Temos também outros sinais como o medo, uma pobre alimentação, o facto de a criança não ir à escola e apresentar comportamentos agressivos e de oposição.

Outro indício que, muitas vezes, pode ser revelador de um caso de tráfico de crianças relaciona-se com os documentos, principalmente quando estamos a falar de crianças estrangeiras. Por norma, os documentos verdadeiros da criança são-lhe retirados e falsificados. Isto é feito com o intuito de o tutor se fazer passar por pai ou mãe da criança, sendo que também os documentos destes tutores são, muitas vezes, falsificados. Este é um indício claro de que poderemos estar perante uma situação de tráfico de crianças.

Outro sinal que poderá ser revelador de que algo não está bem é o facto de muitas crianças que são exploradas terem sempre o traficante ou explorador perto delas, a controlar todos os seus passos, não deixando que muitas pessoas se aproximem e mantenham uma conversa com elas.

São estes, então, os principais indícios que nos poderão ajudar a detetar uma situação de tráfico humano. Haverá outros, naturalmente, mas já terão a ver com cada caso concreto, ou seja, com as especificidades e o *modus operandi* de cada agente.

Vejamos, agora, quais as principais características do estado físico e psicológico das vítimas de tráfico de crianças para fins de exploração sexual.

Fisicamente, por norma, as crianças encontram-se subnutridas, devido à má alimentação a que são forçadas, e apresentam, muitas vezes, marcas da violência física a que são sujeitas.

Por sua vez, como facilmente percebemos, as marcas psicológicas podem ser bem mais intensas, dolorosas e nefastas que as marcas físicas.

Assim, naturalmente que os principais sentimentos que as assolam são o medo, tristeza, angústia e *stress* pós-traumático. Mas não é apenas isto.

As vítimas têm muita dificuldade em manter o contacto visual com as pessoas, sendo que isto é, claramente, revelador do estado de submissão em que vivem, são submissas aos seus tutores.

A acrescentar, como já em cima se referiu, apresentam, também, variadíssimos comportamentos de oposição e de agressividade. Têm dificuldade em deixar que as pessoas se aproximem, nem que seja para as ajudar.

Outra característica interessante que percebemos com a realização da entrevista é o facto de estas vítimas terem, com frequência, contactos impróprios com as pessoas. Por um lado, não deixam que uma pessoa entre facilmente na sua intimidade, não conseguindo estabelecer contacto ou sentimentos de amizade e de entreaajuda. Por outro lado, o único contacto que tentam manter é de cariz sexual, ou seja, não se conseguem aproximar de ninguém que não seja através do contacto de teor sexual. E isto porquê? Porque é esta a realidade que conhecem, é no ambiente da exploração sexual que estes menores crescem. No fundo, convencem-se a elas mesmas – ou convencem-nas nesse sentido –, de que só servem para ter relações sexuais com outros indivíduos.

Por último, muitas destas vítimas são portadoras do Síndrome de Estocolmo, isto é, elas próprias acabam por apresentar sentimentos de carinho e admiração para com o tutor, seja ele traficante ou explorador.

Consideramos importante, e para terminar, referirmo-nos a algumas das consequências que as crianças vítimas de exploração e abusos sexuais têm de enfrentar. Isabel Alberto explica que “do abuso sexual podem resultar na vítima várias consequências, mais ou menos graves, que podem ir desde a ansiedade até à PTSD¹⁰⁰, passando pela depressão, baixa auto estima, disfunções sexuais, doenças sexualmente transmissíveis (DST), sentimentos de culpa, problemas de comportamento, dificuldades na área escolar e gravidez”¹⁰¹.

¹⁰⁰ Designação clínica para “trauma”, encontrando-se geralmente associado a sobreviventes civis e militares de guerra e de campos de concentração, e a sobreviventes de acidentes.

¹⁰¹ Carmo, Alberto & Guerra, 2006, p. 41.

Posto isto, e em jeito de conclusão deste último capítulo, cumpre-nos realçar a importância que assume, para evitar este flagelo mundial, a informação das pessoas quanto aos contornos deste crime, bem como os sinais dados por uma criança – e por um adulto –, que podem revelar estarmos perante vítimas de tráfico. Essa consciencialização global é importantíssima. Não poderemos, de todo, olhar para o tráfico de seres humanos como algo que não tem nada a ver connosco, como algo que só acontece aos outros. Além de podermos salvar vidas, podemos, ainda, evitar que nós mesmos sejamos vítimas de uma situação destas.

Conclusão

Terminada esta exposição, não poderemos deixar de enaltecer a evolução legislativa que ocorreu no tipo legal do crime de tráfico de pessoas, principalmente nos últimos dez anos. Além do alargamento das finalidades do tipo, a eliminação do pressuposto de o crime ter de ocorrer além-fronteira afigura-se determinante na proteção das vítimas que são traficadas no nosso país. Neste sentido, os instrumentos internacionais contribuíram fortemente para que a legislação portuguesa também evoluísse.

Pretendemos, então, realçar três pontos que abordámos ao longo da presente dissertação.

Em primeiro lugar, esclarecer a questão do bem jurídico agredido no crime de tráfico de seres humanos. Entendemos, como já melhor explanámos, que, apesar de a dignidade da pessoa humana ser fortemente atacada, não deve ser este o bem jurídico considerado. Por sua vez, defendemos que o que é posto, verdadeiramente, em causa é a liberdade pessoal, em primeiro plano, e, conseqüentemente, a integridade pessoal, a saúde, a integridade física, a liberdade de ação, a disposição sobre a própria força do trabalho, a autodeterminação sexual e o património da vítima.

Em segundo lugar, não poderemos deixar de realçar o nosso entendimento quanto à questão do concurso de crimes quando em causa está o agente que é, simultaneamente, o traficante e o explorador sexual. Defendemos que, neste tipo de casos, o regime de concurso a aplicar deverá ser o do concurso efetivo. No nosso entendimento, pelas razões que *supra* esclarecemos, só assim poderemos caminhar no sentido da prossecução das finalidades do direito penal.

Por último, alertar para a necessidade de consciencialização da população para este tipo de ilícito criminal. É fundamental que as pessoas entendam que este flagelo mundial não é algo que apenas pode acontecer “ao outro”. Infelizmente, é um fenómeno que está bem presente nos nossos dias, muitas vezes, bem debaixo dos nossos olhos. E não nos estamos a referir, agora, apenas aos casos de tráfico humano para fins de

exploração sexual. Estamos, sim, a referir-nos a todas as formas de exploração que a lei penal prevê.

Se, por um lado, esta consciencialização nos pode salvar a nós próprios, por outro, pode-nos ajudar a detetar e a salvar possíveis vítimas destes atos criminosos.

Acreditamos que apenas quando encararmos o problema como algo que a todos diz respeito será mais fácil detetar e combater situações de tráfico humano.

Apêndice I

Entrevista a duas técnicas da equipa da APF – 11/01/2018 – 10.00H

Pergunta: Como têm conhecimento das suspeitas de uma criança ser vítima de tráfico para exploração sexual?

Resposta: A APF, quando trata a questão do tráfico, trata-a num contexto global, não propriamente direcionada, logo de imediato, para uma certa modalidade de exploração. Deste modo, as sinalizações podem-nos chegar através dos órgãos de polícia criminal, das ONGs, da sociedade civil, de uma denúncia anónima ou, até mesmo, através da denúncia da própria vítima, seja a vítima adulta ou criança e para que tipo de exploração for. Ou seja, em primeiro lugar, chega-nos a sinalização de um possível caso de tráfico humano e, num segundo momento, após uma análise de todos os indícios, verificar-se-á se estaremos, ou não, perante uma vítima deste crime.

Pergunta: E quais são esses indícios?

Resposta: Claro que os indícios são diferentes para cada tipo de exploração, mas, no caso da exploração sexual, um indício importante é a vulnerabilidade e, quando estamos a falar de crianças, estas são especialmente vulneráveis, porque não têm poder sobre elas próprias, têm sempre um superior, um tutor, que pode ser a mãe, o pai, o irmão, etc., e, por isso mesmo, em termos psicológicos e sociais, não conseguem chamar a si toda a sua proteção, nem escolher por elas próprias o caminho ou tomar decisões; portanto, dependem sempre de outro. Por sua vez, ao dependerem de outro, são extremamente vulneráveis. Em segundo lugar, elas próprias não estão totalmente maduras, capazes de tomar determinadas decisões e, portanto, como dependem do outro e não têm capacidade para perceber riscos, perigos, para se protegerem, podem, por vezes, fazer escolhas menos positivas, e dependem sempre do outro para o fazer. Neste sentido, percebemos que a criança pode ser vulnerável às mãos de um tutor que, supostamente, poderia protegê-la. Outro indício é a criança estar sempre muito mais reservada porque há sempre um outro que toma todas as decisões por ela. O que pretendemos explicar é que as crianças são sempre muito mais difíceis, nesta perspetiva, de se perceber em risco, porque mesmo com o próprio tutor elas demonstram sinais de carinho, de respeito, de amor, e escondem, muitas vezes, todos os outros sinais que são comuns a todas as outras pessoas, que podem ser as questões da roupa, de se notar que não está cuidada, do cabelo, da higiene. Estes são aqueles indícios mais aparentes, por assim dizer. Depois temos indícios, naturalmente, como o medo, tentar perceber se a criança frequenta a escola – o que nem sempre é relevante, uma vez que há crianças que são traficadas e continuam a

frequentar o ensino escolar. No entanto, este indício da frequência do ensino escolar é mais importante quando estamos a falar de crianças portuguesas e registadas, em que, se a criança não vai à escola, temos um serviço social a funcionar. No entanto, nos casos em que as crianças frequentam o ensino escolar, temos de estar atentos às tais questões do medo, da alimentação, de comportamentos agressivos e de oposição que as próprias crianças apresentam, de violência para com os outros. Tudo isto são indícios de que alguma coisa não está bem. Depois, temos de perceber, exatamente, se não está bem porque, por exemplo, sofre de violência doméstica, ou porque é claramente vítima de tráfico.

Pergunta: Como é feita a sinalização dos casos?

Resposta: No fundo, esta questão da sinalização está relacionada com as primeiras questões. A sinalização pode, então, vir de vários órgãos. Pode vir, em primeiro lugar, de um OPC, mas se vem de um OPC, então, à partida, o caso já está bem percebido. Em todo o caso, pode a sinalização chegar-nos de um OPC em dois momentos distintos: pode chegar numa fase inicial onde ainda nem houve uma rusga policial; no entanto, o órgão já tem mais ou menos ideia daquilo que vai encontrar, e pode ir tanto a uma rua, como a um bar de alterne ou a um apartamento onde já haja indícios de vítimas de tráfico humano. Neste caso, o OPC pode contactar a nossa equipa no sentido de a equipa se deslocar com o órgão para atender as vítimas num momento inicial, isto é, ainda não há identificação, não há nada concreto, há apenas a sinalização. Se a sinalização vem de um OPC que já fez o inquérito, que já percebeu a história da mesma, todos os indicadores, já não vamos apoiar na identificação, vamos, sim, trabalhar no apoio psicológico, social e médico à vítima, uma vez que o trabalho da fase inicial já está feito. Mas, como referimos, há outros meios de a suspeita chegar a nós, nomeadamente através de ONGs e também de um civil que passa na rua e vê uma situação que suspeita ser de tráfico. Nestes últimos casos, vamos tentar uma aproximação à vítima, nomeadamente no sentido de perceber se quer apresentar queixa, que é um direito que lhe assiste, apesar de o crime ser de natureza pública, e, posteriormente, eventualmente, acionar o OPC.

Pergunta: Depois de as crianças serem identificadas e sinalizadas, quais os procedimentos que a equipa adota?

Resposta: Consoante seja uma criança, e dependendo do modo de sinalização – se é através de OPC, ou de uma ONG, etc. –, os procedimentos são distintos. Mas vamos supor que é uma sinalização já de um OPC. Quando se fala de uma criança, temos sempre de, em primeiro lugar, ativar a CPCJ para fazer a avaliação do superior interesse da criança e da situação de fragilidade da criança para perceber se há necessidade de uma

retirada. Vai depender muito se estamos a falar de uma criança portuguesa ou de uma criança estrangeira, porque se for uma criança estrangeira vamos ter de verificar a questão dos documentos. Não é a primeira vez que nos acontece as crianças estarem acompanhadas, supostamente, pelos tutores legais e, depois, vamos verificar os documentos, e constatamos que os mesmos são falsificados. Alguns deles têm até declarações falsas passadas pelos pais em como entregam aos seus cuidados aquelas crianças. Temos também menores que entram em Portugal com documentos que revelam que são maiores de idade, e depois vamos verificar e esses documentos são falsos, fraudulentos. Num primeiro momento é importante assegurar que a criança tem algum distanciamento com o tutor que a está a acompanhar. Aqui, tentamos fazer uma avaliação, num primeiro momento, da questão da estabilização psicológica e emocional da própria criança, e isto pressupõe, muitas vezes, um acompanhamento médico, psicológico e social, para perceber se a criança está realmente bem, para, depois, podermos recolher qualquer tipo de testemunho para, posteriormente, percebermos qual o melhor tipo de resposta a dar a esta criança – se vai ser uma institucionalização, se há um retorno aos pais, etc. A questão dos pais é muito importante, uma vez que há casos em que os pais estão desesperados à procura daquele menor que foi raptado, mas, infelizmente, casos há em que foram os próprios pais a vender aquela criança. No fundo, temos que estudar muito bem cada caso, e as particularidades do mesmo, para que possamos tomar a melhor decisão para o crescimento e para a vida do menor.

Pergunta: Quais as medidas que podem ser aplicadas às vítimas menores?

Resposta: As medidas, naturalmente, podem ser várias, consoante o caso que temos em mãos. Poderemos ter o acolhimento num dos nossos CAPs (Centros de Acolhimento e Proteção), as vítimas podem necessitar apenas de apoio psicológico, médico ou jurídico, intérprete/tradutor, psicoterapia e, como já se referiu, retorno à família.

Pergunta: Como funciona o acolhimento?

Resposta: É avaliado, mais uma vez, caso a caso, relativamente ao que faz mais sentido para a criança. Atualmente, ainda não existe o centro de acolhimento para menores, prevemos que venha a existir, mas ainda não existe. Por esta razão, os acolhimentos têm sido feitos nos CAPs que existem para mulheres e para menores. Se estamos a falar de menores acompanhados, por exemplo, uma mãe que é explorada juntamente com o seu filho, à partida fará todo o sentido que sejam acolhidos juntos. Se for um menor desacompanhado, também poderá fazer sentido o acolhimento num CAP, mas por se tratar de um menor, poderá ter de haver uma medida de promoção e proteção e, neste sentido, perceber se necessita de uma medida de segurança, de sigilo, da

confidencialidade quanto à sua localização. Este acolhimento pode ser apenas numa fase inicial e de transição para um lar de infância e juventude, mas também pode ser mais prolongado. A necessidade é avaliada, naturalmente, no caso concreto, tendo em conta, por exemplo, a necessidade de segurança e proteção da vítima menor. Vamos tentar perceber se há probabilidade de ela ser procurada, e, portanto, teremos de adotar medidas mais protetoras; no entanto, caso tal não seja necessário, não iremos sujeitar a criança a uma situação de segurança de que não vai necessitar. Este processo será estudado em conjunto com as entidades que estão envolvidas no processo de identificação e sinalização da vítima, como os OPCs e a CPCJ.

Pergunta: Como é, habitualmente, o estado físico e psicológico da vítima?

Resposta: Psicologicamente, tem a ver com todo o medo, tristeza, *stress* pós traumático. Estas vítimas menores têm muito medo do toque, e não mantêm grande contacto visual com as pessoas, uma vez que são extremamente submissas. Têm bastantes comportamentos de oposição, como já referimos. Não têm qualquer capacidade de decisão, estão constantemente à espera que tomem decisões por elas. Mas, curiosamente, estas vítimas crianças apresentam muitos comportamentos impróprios, ou seja, por um lado, não permitem que o outro se aproxime, não se permitem confiar em ninguém, não deixam que ninguém entre na sua intimidade, mas, em contrapartida, muitas vezes só conseguem estabelecer contactos impróprios, ou seja, em determinadas situações não conseguem criar ligações e estabelecer contacto com o outro que não tenha cariz sexual, porque é essa a realidade que conhecem. Fisicamente, a questão da subnutrição e das marcas físicas que a própria violência deixou no menor. Também importante referir o Síndrome de Estocolmo que caracteriza muitas vítimas, ou seja, estas acabam por ganhar amor, respeito e admiração pelo tutor.

Pergunta: Qual é o perfil destas vítimas? (idade, sexo, nível económico-social, etc.)

Resposta: Esta questão é muito interessante, mas ao mesmo tempo é, para nós, de difícil resposta, uma vez que não conseguimos traçar um perfil, pelo menos nestes termos específicos, de um menor vítima de tráfico para exploração sexual. Não há um perfil específico a nível socioeconómico, por exemplo, porque, como costumamos dizer, o tráfico pode chegar a qualquer um. Por vezes, a sociedade olha para o tráfico como algo que não nos pode acontecer a nós, algo que é do outro, mas isso não é a verdadeira realidade. Afigura-se como algo oculto. Quando olharmos para o tráfico com atenção, poderemos alertar e perceber que qualquer um de nós poderá vir a ser vítima. O que diferencia poderá ser a maneira de nos libertarmos e pedirmos ajuda. Quem está mais informado, naturalmente, poderá ser mais hábil a evitar cair em esquemas fraudulentos.

Tivemos, por exemplo, os casos de umas estudantes de enfermagem que tinham convite para irem para fora trabalhar, com um ordenado bastante aliciante, para uma casa com idosas, e que à saída do aeroporto tinham um homem à espera delas para as transportar. A verdade é que, por estarem informadas das manobras típicas do tráfico, não aceitaram a proposta de emprego e provavelmente salvaram a vida. As pessoas devem estar devidamente informadas sobre os sinais, sobre os riscos. Deve passar para a sociedade de todos os estratos sociais de que todos nós poderemos ser vítimas. Agora, a capacidade que nós temos de perceber que poderemos estar perante uma situação de tráfico, ou a capacidade que temos de nos libertar, de pedir ajuda, já difere. Por norma, a capacidade de libertação é menor quando estão em causa problemas familiares, independentemente do estrato social, vulnerabilidades muito específicas, que é o que vamos percebendo pelas vítimas que acompanhamos. Por exemplo, situações de violência doméstica que fazem estas vítimas crescerem já sem autoestima e, muitas vezes, sem capacidade de defesa. É importante, no entanto, esclarecermos que nunca tivemos casos de meninas muito pequeninas a serem vítimas de tráfico para exploração sexual. Por norma, as vítimas menores têm idades a partir dos 14/15 anos e são, na sua esmagadora maioria, do sexo feminino.

Pergunta: Quais as grandes diferenças entre as vítimas de exploração sexual e as vítimas de outros modos de exploração?

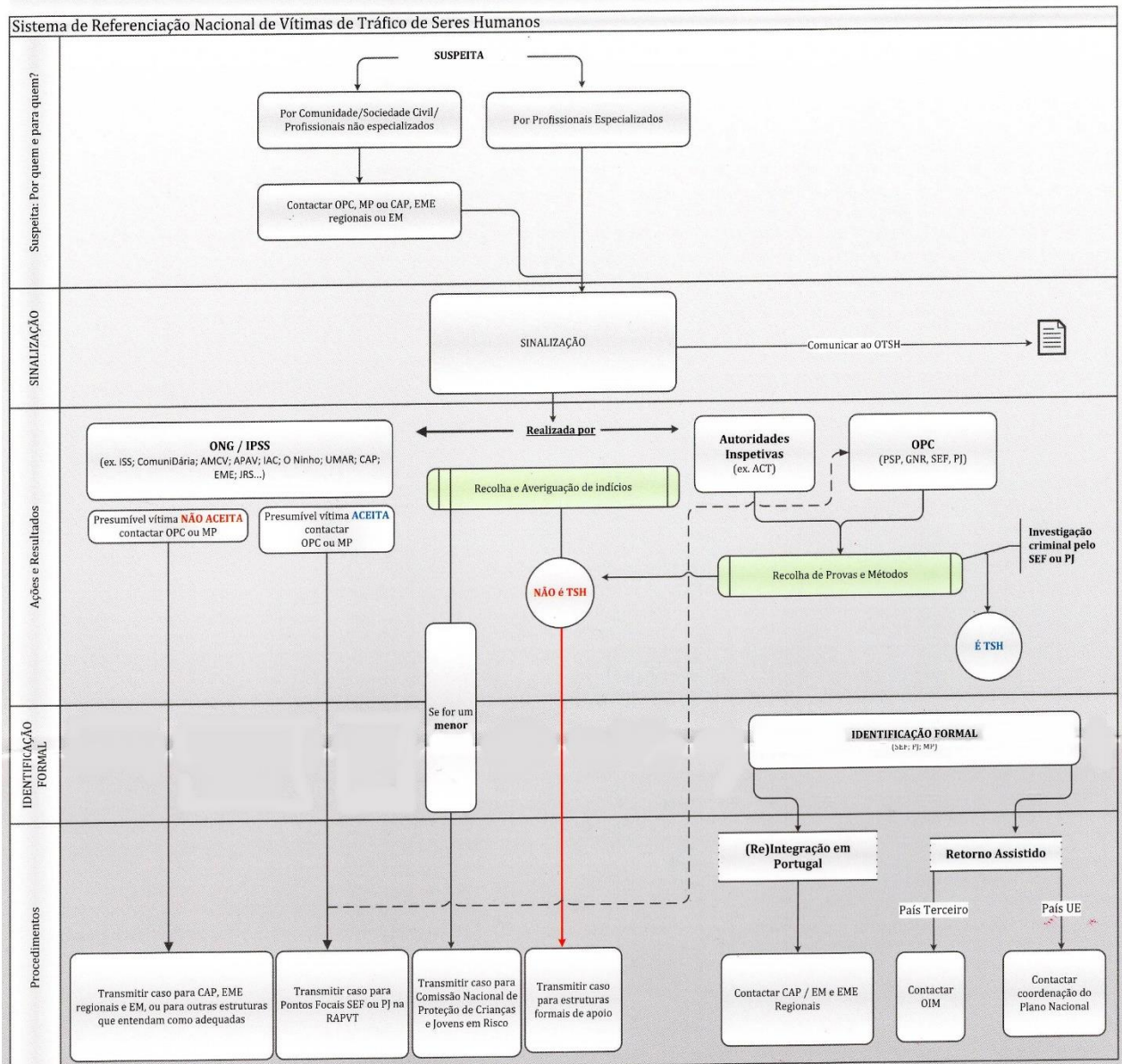
Resposta: Como falámos há pouco, em termos de contacto físico, há uma maior dificuldade de chegar à vítima de exploração sexual, em comparação, por exemplo, com a vítima de exploração laboral, ou mendicidade forçada. O próprio autoconceito e autoestima do menor é bastante mais baixo em comparação com os menores vítimas de outras explorações que não a sexual. A questão também do controlo do próprio corpo, das decisões, também é muito mais afinçada nos casos de exploração sexual, utilizam muito a parte sexual do seu corpo. O contacto com homens também é, naturalmente, muito difícil. Uma vez que a maioria das vítimas são do sexo feminino e, também, a maior parte dos traficantes e exploradores são do sexo masculino, quase todo o contacto que as vítimas estabelecem com homens, mesmo depois de acolhidas, é através da sedução, sempre contactos com cariz sexual, porque, como já se referiu, é essa a realidade que elas conhecem. Claro que, perante isto, o nosso trabalho é mostrar-lhes que há homens bons e que há contactos importantes a serem estabelecidos com homens, uma vez que, durante toda a sua vida, se vão cruzar com médicos homens, advogados homens, juízes homens, etc.. portanto, vão perceber que há homens bons e há homens que as vão proteger, e que podem ser amigos, isto é, que podem ter homens que são isso mesmo, só amigos. No

entanto, é um processo muito lento e complicado. O próprio tempo também vai ajudando.

Pergunta: Qual a taxa de sucesso da intervenção da associação?

Resposta: É difícil respondermos a essa questão. Em primeiro lugar, temos de perceber o que se entende por 'sucesso'. O que é sucesso para nós, pode não ser sucesso para a vítima. Claro que temos casos que, para nós, são inequivocamente de sucesso, porque são imediatos, porque as próprias vítimas mantêm contacto connosco, dizem-nos e mostram-nos que estão bem, mantêm o projeto de vida que tinham antes de serem capturadas pelas redes, e isto é uma demonstração imediata de que há sucesso e é, naturalmente, muito gratificante para nós. Casos há em que as vítimas regressam às redes de tráfico e isso é, para nós, um claro insucesso. Mas isso é só uma parte do que é o sucesso. Também pode ser o sucesso se um dia a vítima acorda e diz que é linda e não merece passar por aquilo. O sucesso vai-se conquistando dia a dia e tem que ver com as necessidades básicas da vítima numa fase inicial para depois, num segundo momento, ajudarmos a vítima com aquilo que ela realmente é capaz de fazer. No fundo, não conseguimos quantificar, por assim dizer, a nossa taxa de sucesso.

Anexo I



LISTA DE CONTACTOS:

- Linha Nacional de Emergência Social - **144**
- Linha SOS IMIGRANTE - **808 257 257**
- Equipas Multidisciplinares Nacionais: **964 608 288**
- Equipas Regionais de Apoio:
 - TSH Norte: **918 654 101**
 - TSH Centro: **918 654 104**
 - TSH Lisboa: **913 858 556**
 - TSH Alentejo: **918 654 106**

- CAP | Centro de Acolhimento e Proteção para Mulheres vítimas de Tráfico de Seres Humanos e seus filhos menores: **964 608 288 | 961 039 169**
- CAP | Centro de Acolhimento e Proteção para Homens vítimas de Tráfico de Seres Humanos: **961 674 745**
- Linha Europeia para Crianças desaparecidas: **116 000**
- Linha de Apoio à Criança: **116 111**
- Comissão Nacional de Proteção das Crianças e Jovens em Risco - cnpcjr@seg-social.pt

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. Universidade Católica Editora.

ALBUQUERQUE, P.P. (2011). *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4.^a Edição. Universidade Católica Editora.

ANTUNES, M.J. (2012). *Comentário conimbricense ao Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, dirigido por Figueiredo Dias. 2.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

ANTUNES, M.J. & SANTOS, C. (2012). *Comentário conimbricense ao Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, dirigido por Figueiredo Dias. 2.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

CARVALHO, A.T. (2012). *Comentário conimbricense ao Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, dirigido por Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Editora.

CARVALHO, A.T. (2016). *Direito Penal: Parte geral – Questões fundamentais – Teoria geral do crime*. 3.^a Edição. Porto: Universidade Católica Editora.

CARMO, R., ALBERTO, I. & GUERRA, P. (2006). *O abuso sexual de menores – Uma conversa sobre justiça entre o direito e a psicologia*. 2.^a Edição. Coimbra: Almedina.

COSTA, A.A.R (2016). “O cúmulo jurídico na doutrina e na jurisprudência do STJ”, retirado de www.stj.pt.

CUNHA, M.C.F. (1995). “*Constituição e crime*” – *Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Universidade Católica Portuguesa.

CUNHA, M.C.F. (2017). “Crimes sexuais contra crianças e adolescentes”, *RJLB*, Ano 3, n.º 3.

DIAS, J.F. (2007). *Direito Penal – Questões fundamentais: A doutrina geral do crime*. Tomo I, 2.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

FARIA, M.P.R. (2017). *Formas especiais do crime*. Porto: Universidade Católica Editora.

FERNANDES, J.M.T. (2016). *A idade da imputabilidade penal – Uma abordagem multidisciplinar*. Trabalho desenvolvido no âmbito do doutoramento em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto.

GARCIA, M. & RIO, M.C. (2014). *Código Penal: Parte geral e especial*. Coimbra: Almedina.

GONÇALVES, M.L.M. (2007). *Código Penal Português anotado e comentado* – 18.^a Edição. *Legislação complementar*. Coimbra: Almedina.

LOPES, J.M. & MILHEIRO, T.C. (2015). *Crimes sexuais: Análise substantiva e processual*. Coimbra: Coimbra Editora.

MIRANDA, J. & MEDEIROS, R. (2010). *Constituição Portuguesa anotada*, Tomo I. 2.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

PATTO, P.M.G.V. (2008). *O crime de tráfico de pessoas no Código Penal Revisto – Análise de algumas questões*, retirado de www.cej.pt.

PEREIRA, M. (2010). “Poderia ser eu, tu ou qualquer uma de nós”, *Tráfico Desumano*, Coleção de Direitos Humanos e Cidadania, 1. Cadernos da Administração Interna. Lisboa: Observatório de Tráfico de Seres Humanos.

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 (org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Volume III. Coimbra: Coimbra Editora.

SIMÕES, E.D. (2009). *Tráfico de seres humanos: Prevenção e repressão à luz do protocolo adicional à convenção de palermo*, retirado de www.julgar.pt.

TEIXEIRA, M. (2010). “Tráfico de pessoas, da perceção social à realidade policial”, *Tráfico Desumano*, Coleção de Direitos Humanos e Cidadania, 1. Cadernos da Administração Interna. Lisboa: Observatório de Tráfico de Seres Humanos.

Legislação

Código Penal de 1882, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, 9ª versão, retirado de http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=101&artigo_id=&nid=109&pagina=2&tabela=lei_velhas&nversao=9&so_miolo.

Código Penal, Almedina, 2016, 6ª Edição.

Código de Processo Penal, Almedina, 2016, 6ª Edição.

Constituição da República Portuguesa, Almedina, 2012.

Convenção do Conselho da Europa relativa à Luta contra o Tráfico de Seres Humanos, 16 de Maio de 2005, retirado de http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/copy_of_anexos/convencao-do-conselho-da/downloadFile/file/STE_197.pdf?nocache=1200590281.78.

Convenção sobre os Direitos das Crianças, 1989, retirado de https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf.

Decisão-Quadro 2002/629/JAI, do Conselho de 19 de julho de 2002, retirado de http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/2002-629-jai-decisao/downloadFile/file/DQ_2002.629._JAI_Trafico_de_seres_humanos.pdf?nocache=1199978622.33.

Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho, 22 de dezembro de 2003, retirado de http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/2004-68-jai-decisao/downloadFile/file/DQ_2004.68.JAI_Exploracao_sexual_de_crianças.pdf?nocache=1199981526.14.

Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças, 2000, retirado de <http://www.gddc.pt/cooperacao/materia-penal/textos-mpenal/onu/GuiaProtMulheres.pdf>.

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 10/03/2010, cujo n.º do processo é 1452/09.9PCCBR,C, retirado de www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 14/05/2014, cujo n.º do processo é 6/08.1ZRPRT.P, retirado de www.dgsi.pt

A Natureza Jurídica do Penhor de Conta Bancária

Ana Rita Bernardo da Rosa Pereira Sala

Sob a orientação da Professora Doutora Isabel Menéres Campos

Aos meus Pais.

*“Agir, eis a inteligência verdadeira. Serei o que quiser. Mas
tenho que querer o que for. O êxito está em ter êxito, e não em
ter condições de êxito. Condições de palácio tem qualquer terra
larga, mas onde estará o palácio se não o fizerem ali?”*

Fernando Pessoa

Agradecimentos

Aos meus pais e ao meu irmão, que são o meu pilar, por todo o apoio, compreensão e amor incondicionais que estão patentes em tudo o que faço;

Ao Gonçalo, por todo o amor e por ser a pessoa que mais acredita em mim;

Aos meus amigos, pela paciência e pelo apoio em todos os momentos;

À Professora Doutora Isabel Menéres Campos, pela orientação, disponibilidade e conhecimentos transmitidos ao longo de todo o trabalho.

A todos, os meus mais sinceros agradecimentos.

Resumo

A concessão de crédito e as relações jurídicas de garantia inerentes têm sofrido uma mutação constante nos últimos anos, destacando-se o papel – cada vez mais fundamental – dos direitos de créditos enquanto objeto de certas garantias que conferem um reforço qualitativo e quantitativo ao credor. Neste sentido, iremos analisar o penhor de conta bancária, uma vez que a sua natureza jurídica não se encontra consagrada de forma unânime, pelo que se impõe um estudo desta questão sob o ponto de vista dos direitos das garantias no panorama jurídico-civilístico português. Pretendemos, assim, demonstrar que é admissível, à luz do direito vigente, a integração dos direitos de crédito no conceito de coisa. Cumpre, no entanto, notar que, apesar de o mecanismo satisfatório do credor consistir no débito da quantia em dívida na conta bancária, o penhor não se encontra ferido pela proibição comissória patente no art. 694.º, pelo que também por aqui se afere a idoneidade desta garantia. Assim, concluímos pela natureza real desta figura à luz do Direito Civil Português, mormente enquanto modalidade de penhor de direitos, previsto nos arts. 679.º e ss.

Palavras-chave: crédito; garantias; penhor; conta bancária; depósito; direitos reais.

Abstract

Over the past few years, the granting of credit and related legal relationships have been undergoing a constant change, especially as regards the increasing role of credit claims as a stronger guarantee to the creditor. Therefore, we will analyse the bank account pledge, since its legal nature is not unanimously consecrated. We aim to demonstrate that, in the light of civil law, it is allowed to incorporate the credit claims in the concept of thing. Nevertheless, it should be noted that although the creditor's satisfactory mechanism consists on debiting the amount owed to the bank account, the pledge is not affected by the obligatory prohibition, and for that this guarantee is lawful and admissible. For all this, we conclude that the bank account pledge is a guarantee with real nature, foreseen in the Portuguese civil law, more specifically as a pledge of rights set forth in articles 679 and following of the Civil Code.

Keywords: credit; guarantees; pledge; bank account; deposit; real rights.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac./Acs.	Acórdão/Acórdãos
Art./Arts.	Artigo/Artigos
At.	Atualizada
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemão)
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
CEJUR	Centro de Estudos Jurídicos do Minho
CC	Código Civil
CCom.	Código Comercial
CPC	Código de Processo Civil
Ed.	Edição
FDUL	Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
N.º	Número
Pp.	Páginas
Rev.	Revista
RFDUP	Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto
RGICSF	Regulamento Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras
Ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
Trad.	Tradução
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
Vol.	Volume

Advertências

Na presente dissertação adotámos, nas notas de rodapé, o sistema abreviado autor, data, página. As referências completas podem ser consultadas na bibliografia final.

Mais se acrescenta que todas as referências legais realizadas ao longo do presente estudo devem considerar-se referentes ao Código Civil de 1966, salvo nos casos em que for expressamente realizada a menção a outro diploma legal.

ÍNDICE

1. Introdução	8
2. Do penhor	9
2.1. Breves considerações introdutórias sobre a garantia	9
2.2. Análise do <i>facti species</i> legal – o penhor de coisas e o penhor de direitos	10
3. A conta bancária	13
3.1. O contrato de abertura de conta	13
3.2. Aspetos principais das relações creditícias desenvolvidas no seio da conta bancária	14
3.2.1. O contrato de depósito – o depósito comum e o depósito irregular	14
3.2.2. O contrato de depósito bancário de dinheiro	16
4. O penhor de conta bancária	18
4.1. Caracterização e funcionamento da garantia	18
4.2. Da natureza jurídica	20
4.2.1. A natureza real do penhor de conta bancária – a doutrina dos direitos sobre direitos	20
4.2.2. O penhor irregular	30
4.2.2.1. O penhor de conta bancária enquanto penhor irregular	32
4.2.3. O penhor financeiro: breve análise à luz do DL n.º 105/2004	34
4.2.4 O penhor de conta bancária enquanto garantia especial sobre um direito	36
5. (Possível) colisão do penhor de conta bancária com o princípio da proibição do pacto comissório	38
5.1. No âmbito do penhor irregular	39
5.2. No âmbito do penhor financeiro	39
5.3. No âmbito das garantias especiais sobre um direito	40
Conclusão	41
Bibliografia	43

1. Introdução

O domínio das garantias das obrigações tem sofrido transformações estruturais, na medida em que as alterações do tráfego comercial impõem que estas se adaptem aos objetivos pretendidos pelas partes aquando da concessão de crédito. Desta feita, denota-se que as necessidades impostas pelas relações jurídicas atuais conduziram ao aparecimento de novas garantias, dentro das quais se poderá salientar o penhor de conta bancária.

Neste sentido, propomo-nos a analisar o penhor de conta bancária, estabelecendo, para tal, a caracterização da figura e de institutos conexos, com o fim último de aferir a sua natureza jurídica enquanto garantia das obrigações, à luz do direito civil vigente.

Com efeito, uma vez que se trata de uma questão controversa na doutrina e na jurisprudência, cumpre indagar acerca da sua qualificação, pois afigura-se inegável o crescente recurso a esta garantia, o que lhe confere um estatuto de destaque no seio do direito das garantias. Tal dever-se-á, em primeira linha, à fácil operacionalidade da garantia e, bem assim, à segurança que a mesma confere ao credor, em especial nos casos em que este seja um banco.

Deste modo, proceder-se-á à exposição do estudo da garantia do *pignus* em geral, partindo do próprio conceito de garantia e, bem assim, da figura do penhor no regime civilístico português, confrontando o regime do penhor de coisas com o regime do penhor de direitos.

Posteriormente, realizar-se-á uma breve análise da conta bancária, enquanto elemento fundamental para este estudo, analisando ainda os negócios jurídicos relacionados com esta, nomeadamente o contrato de abertura de conta, a conta-corrente e o contrato de depósito. Relativamente ao último contrato ora referido, será abordada, em concreto, a natureza jurídica do depósito bancário, com vista a concluir as discrepâncias e similitudes existentes entre as várias doutrinas propostas e, de igual modo, as implicações que tais qualificações poderão ter na posterior qualificação da natureza jurídica do penhor de conta bancária.

De seguida, na medida em que será o ponto sobre o qual mais nos iremos debruçar, proceder-se-á a uma análise, tanto quanto possível minuciosa, da natureza jurídica do penhor de conta bancária, designadamente através da análise das doutrinas mais relevantes, a saber, a doutrina dos direitos sobre direitos, a doutrina do penhor irregular, a doutrina do penhor financeiro e, ainda, a doutrina das garantias especiais sobre um direito. Ao longo da explanação das aludidas correntes doutrinárias iremos, então, realizar uma análise crítica, por forma a fixar a nossa posição acerca daquela que será a natureza jurídica do penhor de conta bancária.

Por fim, irá ser realizada uma breve nota acerca da (possível) colisão do penhor de conta bancária com o princípio da proibição do pacto comissório, dada a importância deste princípio no ordenamento jurídico-civilístico

2. Do penhor

2.1. Breves considerações introdutórias sobre a garantia

As garantias das obrigações desempenham, desde sempre, um papel fundamental nas relações jurídicas, podendo ser definidas como os mecanismos ou instrumentos utilizados para criar na esfera jurídica do credor uma proteção perante o possível incumprimento do devedor.

Com efeito, no âmbito das garantias das obrigações é assaz comum estabelecer-se a distinção entre garantias gerais e especiais, sendo as primeiras constituídas pelo património do devedor¹ e as segundas como sendo um reforço deste.

Ora, não obstante a previsão da garantia geral das obrigações – constituída, então, pelos bens suscetíveis de penhora que integrem o património do devedor –, surge com especial interesse para o credor a constituição de uma garantia especial, uma vez que isso consubstancia um reforço da tutela do seu direito de crédito².

Nesta senda, de entre as garantias reais destacamos o penhor³, uma das garantias reais previstas no CC⁴. Em virtude da sua natureza real, “o penhor confere ao titular uma preferência na satisfação do seu crédito pelo produto da alienação da coisa móvel, direito ou outro bem sobre que incida.”⁵

No entanto, é possível estabelecer uma divisão fundamental da garantia, pois “relativamente ao objecto, apura-se que a lei permite que sejam dados em penhor, tanto coisas móveis como créditos ou outros direitos não hipotecáveis. Admitem-se, portanto, duas modalidades fundamentais: o *penhor de coisas* e o *penhor de direitos*.”^{6 7}

Mais se acrescenta que, tal como ocorre na hipoteca, o penhor é acessório do crédito⁸, não obstante isso a que este seja constituído tanto pelo devedor como por um

¹ Como, de resto, se afere da leitura do art. 601.º do CC, que consagra, efetivamente, a garantia geral das obrigações.

² Note-se que, no que concerne às garantias especiais, a doutrina não é unânime na classificação destas.

³ Segundo Almeida Costa, “pela palavra penhor, tanto se designa um direito real de garantia, como o objecto sobre o que o mesmo incide, ou ainda o contrato que lhe serve de base” (Costa, 2016, p. 920). No mesmo sentido, Fernandes, 2000, p.148 e Lima & Varela, 1987, p. 685.

⁴ Não obstante a sua previsão no CC, existem vários regimes de penhor que encontram regulamentação noutros diplomas, nomeadamente o regime do penhor mercantil, o penhor financeiro, entre outros.

⁵ Vasconcelos, 2010, pp. 229 e 230.

⁶ Costa, 2016, p. 921.

⁷ No direito romano o penhor poderia ser constituído sobre coisas corpóreas, desde que o empenhador fosse o proprietário do bem empenhado, *vide* Burdese, 1982, p. 667. Por oposição, já no direito intermédio, o objeto do penhor poderia ser um bem móvel, imóvel ou, ainda, um direito. Neste sentido, Campitelli, 1982, p. 678.

⁸ No mesmo sentido, a doutrina italiana considera que o penhor só será válido se for acessório de um crédito e, deste modo, for constituído para garantir esse crédito. Burdese, 1982, p. 668.

terceiro, sendo que neste último caso tal poderá representar um aumento quantitativo e qualitativo da garantia⁹.

Nesta senda, cumpre indagar acerca da caracterização e regime legal do penhor constante do Código Civil, para que se possa qualificar, posteriormente, a natureza jurídica do penhor de conta bancária.

2.2. Análise do *facti species* legal – o penhor de coisas e o penhor de direitos

Prima facie, cumpre atentar na legitimidade para constituir um penhor. Conforme se encontra disposto no art. 667.º, só tem legitimidade para a sua constituição quem tiver, de igual modo, legitimidade para alienar os bens, não significando isto que tal obste a que seja um terceiro estranho à obrigação a fazê-lo, desde que seja imbuído da necessária legitimidade para tal.

Por outro lado, e relativamente à constituição do penhor de coisas, é mister salientar que este se caracteriza – preferencialmente – pelo desapossamento do devedor, “exigindo-se, por conseguinte, a entrega da coisa ou de documento que atribua a exclusiva disponibilidade dela ao credor ou a terceiro (art. 669º, n.º 1)”.¹⁰ Tal sucede uma vez que o contrato de penhor¹¹ deverá resultar num acordo que incida “sobre aspetos essenciais, *verbi gratia* a concessão de um direito de guarda ao credor pignoratício relativamente ao objeto dado em garantia como penhor – *rectius*, tal direito mais não é do que o dever de guardar e administrar a coisa como um proprietário diligente, previsto no art. 671º, alínea a).”¹²

No que concerne ao desapossamento, este desempenha uma tripla função: “tem uma função negativa, permitindo ao credor conservar a coisa com escopo de garantia, e uma função positiva, consubstanciada no facto de a disponibilização da coisa permitir que o credor pignoratício possa lançar mão do direito de retenção, bem como tornar mais ágil o percebimento de frutos.”^{13 14}

Neste sentido, atente-se que Oliveira Ascensão propugna que o desapossamento é a característica diferenciadora desta garantia perante outras garantias reais, na medida

⁹ Isto sucederá porque tendencialmente o terceiro será visto como um reforço da garantia, na medida em que para além do património do devedor (que sempre responderá pelo cumprimento da obrigação nos termos do art. 601.º do CC), a garantia real é constituída sobre um bem pertencente a um terceiro, pelo que também o património deste – apenas na medida da garantia prestada – garantirá o cumprimento da obrigação adstrita ao devedor.

¹⁰ Alves, 2010, p. 70.

¹¹ Com efeito, referimo-nos sempre ao contrato de penhor, na medida em que se afigura “o meio mais importante, por que pode constituir-se o penhor” (Serra, 1956a, p. 102).

¹² Alves, 2010, p. 71.

¹³ Alves, 2010, p. 72.

¹⁴ Neste sentido, Hugo Ramos Alves conclui que “a entrega seria, pois, um sucedâneo da publicidade registral” (Alves, 2010, p. 72). No mesmo sentido, Fernandes, 2000, p. 148.

em que o autor do penhor se encontra “privado da possibilidade de dispor materialmente da coisa.”¹⁵

Note-se, ainda, que certa parte da doutrina, nomeadamente Pedro Romano Martinez, advoga que quando o penhor é realizado com recurso ao desapossamento estamos perante um contrato real *quoad constitutionem*, uma vez que a entrega se afigura como um elemento essencial para a constituição do negócio jurídico¹⁶.

O credor pignoratício figura, no entanto, como mero detentor da coisa dada em garantia – e bem assim objeto do penhor –, não se admitindo, por conseguinte, que este seja possuidor do bem. Aliás, não obstante a previsão legal do art. 670.º a) do CC, nunca se poderá considerar que o credor pignoratício seja possuidor da coisa¹⁷.

Não obstante o suprarreferido, pode o penhor ser realizado sem desapossamento, não havendo, logicamente, deveres de guarda ou administração para o credor. Ressalve-se, no entanto, que tal não irá obstar à eficácia plena da garantia.

O penhor pode ainda ter como objeto não uma coisa, mas um direito. Destarte, e em conformidade com o art. 680.º, apenas é admitido em relação aos direitos que tenham por objeto coisas móveis e que sejam suscetíveis de transmissão¹⁸ e, como já foi oportunamente referido, é claro pela leitura do art. 679.º que o regime do penhor de coisas se aplicará subsidiariamente ao penhor de direitos¹⁹.

Todavia, e sem prejuízo do vasto leque de direitos suscetíveis de serem objeto de penhor, iremos abordar em particular o penhor de direitos de crédito²⁰, uma vez que a realidade socioeconómica atual conduziu a uma mudança no seio das garantias, mormente no que contende com o recurso a garantias relacionadas com direitos de crédito em detrimento das garantias reais típicas e associadas à materialização da riqueza.

A importância prática desta figura é clara, uma vez que “o crédito é um bem económico e, como tal, pode ser objeto de circulação jurídica, motivo pelo qual deve ser reconhecido ao seu titular um poder de disposição (*Verfügungsmacht*”), o qual será idêntico à faculdade que incide sobre os demais bens patrimoniais.”^{21 22} Por oposição, é

¹⁵ Ascensão, 2000a, p. 547.

¹⁶ Martinez & Ponte, 2003, p. 170.

¹⁷ “Quando muito, poder-se-ia admitir que, à imagem do que ocorre nos direitos reais menores, como o usufruto, o penhor daria origem à constituição de uma posse específica, a posse pignoratícia e, então, dir-se-ia que a posse relativa ao direito real de propriedade mantém-se no autor do penhor, sendo o credor pignoratício detentor da coisa e titular de uma posse pignoratícia, a qual não lhe conferia a possibilidade de adquirir direitos reais sobre a coisa, por usucapião” (Martinez, 2003, p. 265).

¹⁸ Costa, 1980, p. 183; Varela, 2001, p. 544.

¹⁹ Varela, 2001, p. 543.

²⁰ Sobre a admissibilidade do penhor de créditos noutros ordenamentos jurídicos, nomeadamente em Itália, cfr. Ciccarello, 1982, p. 689.

²¹ Alves, 2010, p. 139.

²² No mesmo sentido, Rui de Oliveira Neves refere que “na economia actual, o dinheiro e os valores mobiliários constituem o paradigma da riqueza, dado que estes bens, enquanto realidades abstractas e fungíveis, permitem uma rápida circulação dessa riqueza” (Neves, 2012, p. 638).

notório que o penhor de coisas tem perdido a sua importância nas relações jurídicas, uma vez que outras garantias parecem aflorar como mais vantajosas para o credor, designadamente garantias que tenham por objeto direitos de crédito.

Ora, é possível concluir que o elemento primordialmente distintivo do penhor de coisas e do penhor de direitos é, efetivamente, o elemento objetivo, isto é, o objeto deixa de ser uma coisa e passa a ser um direito, “o que equivale a dizer que o elemento distintivo do penhor de direitos é o objeto afeto à garantia.”²³

Relativamente ao objeto do penhor de direitos de crédito, Hugo Ramos Alves considera que “o penhor de créditos refere-se ao direito de crédito, e, assim, incide indiretamente sobre a prestação objeto do direito de crédito.”²⁴ Por seu turno, Rui Oliveira Neves considera que “o bem dado em garantia consiste num activo de ampla utilização na actividade económica e financeira: o direito a receber de outrem uma prestação.”²⁵

No que concerne à constituição do penhor de créditos poder-se-á dizer que, em conformidade com o disposto no art. 681º n.º 2, os seus efeitos só se verificarão aquando da notificação do respetivo devedor ou perante a sua aceitação, excetuando os casos em que o penhor é sujeito a registo, caso em que só verificada essa imposição se poderão produzir os seus efeitos²⁶.

Mais se acrescenta que a notificação parece apontar para uma conexão entre o penhor de coisas e o penhor de direitos, isto é, há uma simbiose na técnica da formação real do direito de garantia, “pelo que se perfecciona com a combinação de um elemento negocial e de um elemento externo que respeita à manifestação da existência da oneração do crédito, atenta a necessidade de proceder a uma exteriorização (...) para permitir concatenar e tutelar os interesses dignos de protecção, em especial, os do devedor e, também, os dos demais credores.”²⁷

No entanto, a natureza jurídica do penhor de créditos não se encontra uniformizada, ressaltando a este propósito Rui Oliveira Neves que “a idiosincrasia desta garantia (...) parece encontrar-se na intersecção desses ramos do direito [direito das obrigações e direitos reais], o que conduz a acesa controvérsia (em especial, na doutrina estrangeira) quanto ao seu enquadramento dogmático.”²⁸

Assim, dada a importância atual do penhor de direitos de crédito, iremos analisar a natureza jurídica de uma das suas modalidades – o penhor de conta bancária.

²³ Alves, 2010, p. 140.

²⁴ Alves, 2010, p. 144.

²⁵ Neves, 2012, p. 638.

²⁶ Neste âmbito, Pestana De Vasconcelos refere que “a sua constituição está sujeita à mesma forma e publicidade exigidas para a transferência do direito empenhado” (Vasconcelos, 2007, p. 544).

²⁷ Alves, 2010, p. 153.

²⁸ Neves, 2012, p. 637.

3. A conta bancária

3.1. O contrato de abertura de conta

Com vista a analisar a conta bancária e, bem assim, os seus elementos essenciais, é necessário atentar no contrato de abertura de conta que a precede.

O contrato de abertura de conta é o contrato celebrado entre o banqueiro e o seu cliente, através do qual ambas as partes assumem deveres recíprocos relativos às diversas práticas bancárias que se irão desenrolar²⁹, ou seja, é o contrato que marca a relação bancária que se irá desenvolver e os trâmites da mesma. Por esta razão, Menezes Cordeiro advoga que não se deverá entender este contrato de forma simplista, pois a abertura de conta “opera como um acto nuclear cujo conteúdo constitui, na prática, o tronco comum dos actos bancários subsequentes.”^{30 31}

Cumpre atentar que a abertura de conta não tem conteúdo legal fixado, pelo que, fundamentalmente, o contrato será comumente celebrado com recurso a cláusulas contratuais gerais dos bancos e, bem assim, da *praxis* bancária.

O contrato de abertura de conta, não obstante a sua presença cada vez mais inquestionável na realidade hodierna, só em 2005 obteve a regulação das condições gerais de abertura de contas com o Aviso n.º 11/2005, de 21 de julho, do Banco de Portugal. A este propósito, Menezes Cordeiro refere que tal se deve à “sua onnipresença e pela sua natureza apriorística, ela passa despercebida: os estudos recaem sobre os elementos singulares que a integram.”^{32 33}

A abertura de conta implica, para além da previsão do modo de funcionamento dos depósitos bancários, dois aspetos fundamentais para a prática bancária: a conta-corrente bancária e o giro bancário³⁴. Mais se acrescenta que o contrato de abertura de conta poderá, ainda, debruçar-se sobre determinados elementos eventuais como sejam a convenção de cheque, a emissão de cartões ou a concessão de crédito por descoberto em conta³⁵.

Ademais, e no que concerne à conta-corrente, irão ficar definidos os termos em que a conta será movimentada, mormente em relação aos débitos e créditos. Relativamente

²⁹ Cordeiro, 2010, p. 505.

³⁰ Cordeiro, 2010, p. 505.

³¹ O autor refere que muitas vezes o contrato de abertura de conta era confundido com o contrato de depósito, tendo tal aspeto vindo a ser corrigido tanto em Portugal como no Direito Comparado.

³² Cordeiro, 2010, p. 509.

³³ Deste modo, conclui-se que o contrato de abertura de conta é um contrato *a se* com características próprias e uma função autónoma (Cordeiro, 2003, p. 192). Porém, “quanto à sua essência última: é a de uma prestação de serviço”, pelo que em última instância deverá ser aplicado o regime do mandato, nos termos do art. 1156.º (Cordeiro, 2010, p. 511).

³⁴ Note-se que, por via de regra, os contratos de abertura de conta ficam dependentes de um depósito; todavia, isso não será *conditio sine qua non* para a abertura da conta, funcionando nestes casos a conta com base na concessão de crédito ou cobranças feitas a terceiros pelo banco. Não obstante, efetuar um depósito será o mais comum, dado ser essa maioritariamente a razão subjacente à abertura de conta.

³⁵ Neste seguimento, Pestana de Vasconcelos refere que o contrato de abertura de conta “tem um conteúdo muito mais extenso do que a constituição de uma conta no banco” (Vasconcelos, 2017a, p. 373).

ao giro bancário, serão fixadas, essencialmente, as regras do funcionamento da movimentação da conta, nomeadamente juros, comissões e despesas que o banco poderá ter.

3.2. Aspectos principais das relações creditícias desenvolvidas no seio da conta bancária

A conta-corrente bancária não tem nos dias de hoje uma regulamentação legal coesa e una, pelo que ocorrem, as mais das vezes, imprecisões terminológicas entre a sua definição e a caracterização de abertura de conta e depósito bancário.

Não obstante serem conceitos e figuras que se envolvem na *praxis* bancária, estando inclusivamente muitas vezes presentes ao mesmo tempo, não se devem confundir, uma vez que poderá haver uma abertura de conta sem que seja efetuado qualquer depósito bancário³⁶.

Segundo Menezes Cordeiro, a conta-corrente bancária é definida tendo por base o art. 344.º do Código Comercial, com a particularidade de ser celebrada entre o banqueiro e o seu cliente, sendo incluída num negócio mais vasto e que a precede – a abertura de conta. Deste modo, a conta-corrente reportar-se-á, somente, a movimento em dinheiro, na qual haverá uma emissão contínua de saldos, sempre que sejam levadas remessas à conta, razão pela qual o cliente deverá poder dispor permanentemente³⁷ do seu saldo³⁸.

Destarte, e como bem ensina António Ferreira, “a conta bancária constitui, pois, um negócio jurídico complexo sob forma contratual, de cariz genuinamente bancário, que traduz, fundamentalmente, o quadro genérico em cujo seio se desenvolvem, regulam e registam os diversos negócios integrantes da relação negocial entre o banco e o cliente.”³⁹ 40

3.2.1. O contrato de depósito – o depósito comum e o depósito irregular

O contrato de depósito bancário é essencial para que haja saldo na conta. Urge, assim, atentar na regulamentação do contrato de depósito patente no CC para, posteriormente, se proceder à análise do contrato de depósito bancário.

³⁶ Como bem ensina António Ferreira, a conta bancária é “mais um tipo social, criado, nominado e regulado pelo contexto específico do exercício da actividade” (Ferreira, 2009, p. 651).

³⁷ Ressalve-se que excluimos os casos em que a conta se encontra bloqueada, quer pela natureza do depósito bancário realizado, quer por satisfação de uma qualquer garantia.

³⁸ Atente-se no papel de primazia do saldo, pois “só o saldo é disponível; só o saldo é penhorável; só o saldo representa, por fim, o valor social e económico de certa conta” (Cordeiro, 2010, p. 523).

³⁹ Ferreira, 2009, p. 653.

⁴⁰ Na mesma senda, Carlos Ferreira de Almeida advoga que “este instituto desempenha relevantes funções de simplificação e de unificação das relações jurídicas de pessoas que entre si celebram repetidos negócios geradores de créditos” (Almeida, 2013, p. 26).

Nas palavras de Pestana de Vasconcelos, podemos qualificar o contrato de depósito comum como “um contrato real *quoad constitutionem*, consensual, bilateral imperfeito (ou sinalagmático, se for oneroso), de prestação de serviços, pelo qual uma parte, o depositário, se obriga a guardar uma coisa móvel ou imóvel que lhe é entregue para esse efeito pela outra (o depositante)”⁴¹. Deste modo, é possível retirar três elementos essenciais do contrato de depósito: a entrega de uma coisa móvel, a obrigação de guarda e a obrigação de restituição.

Neste sentido, como bem ensinam Pires Lima e Antunes Varela, “o contrato de depósito tem por objecto a *guarda* (custódia) de uma coisa. É esta a obrigação dominante no negócio: o depositário recebe a coisa *para a guardar*”⁴². Por conseguinte, assume de igual modo relevância a obrigação de restituição da coisa guardada pelo depositário.

Todavia, será de equacionar a qualificação dos casos em que, pela natureza do objeto do contrato de depósito, o depositário apenas tem a obrigação de restituir o equivalente e já não o bem entregue. Nestes casos, estamos perante aquilo a que o legislador denominou de *depósito irregular*, na medida em que “aí o depositário, em vez de restituir a própria coisa depositada, teria de devolver o equivalente, o *tandudem, eiusdem generis et qualitatis*.”⁴³

Com efeito, e uma vez que nos debruçamos sobre o penhor de conta bancária, cumpre atentar nas especificidades do depósito irregular – que, sumariamente, ocorre quando o bem depositado tem natureza fungível –, uma vez que o depósito é um dos negócios jurídicos essenciais no estudo da referida garantia.

No que concerne à natureza jurídica do depósito irregular, são várias as teses que a afloram, uma vez que certos autores consideram que se trata de um verdadeiro contrato de depósito, outros consideram que se tratará de um contrato de mútuo e, ainda, outros entendem que se trata de um contrato *suis generis*, um contrato misto com elementos do contrato de mútuo e do contrato de depósito.

A este propósito, parece-nos que a lei civil portuguesa ficou um pouco aquém daquilo que seria de esperar quanto à regulamentação do depósito irregular, na medida em que só lhe dedica dois artigos, sendo que num deles apenas remete para o regime do mútuo. Assim, os óbices que a figura levanta não se encontram, de modo algum, afastados⁴⁴.

Ora, Menezes Cordeiro propugna que o contrato de depósito irregular não é um verdadeiro depósito, “basta ver que não se lhe aplicam as regras existenciais relativas ao dever de custódia. Mas também não é um mero mútuo: o depósito, mesmo irregular, é

⁴¹ Vasconcelos, 2017b, p. 115.

⁴² Lima & Varela, 1986, p. 754.

⁴³ Cordeiro, 2010, p. 571.

⁴⁴ Costa, 1980, p. 274.

celebrado no interesse do depositante que, assim, quer beneficiar da *conservação daquele preciso valor*, mantendo, sobre ele, uma *permanente disponibilidade*; o mútuo visa o interesse do mutuário, que pretende gastar a coisa e, eventualmente, o do mutuante, mas através da recepção dos juros.”⁴⁵

Neste sentido, o autor considera que o depósito irregular é um contrato misto, com elementos do contrato de mútuo e do depósito que, em consequência da sua tipicidade social, e ainda pelo facto de ter um *nomen iuris*, se encontra autonomizado e se apresenta como um tipo próprio.

Por seu turno, Pires de Lima e Antunes Varela consideram que “tendo o *accipiens* direito a uma retribuição pela custódia da coisa, não pode deixar de se concluir que o acto é celebrado no interesse do *tradens*, havendo, portanto, depósito. Se, pelo contrário, é este que recebe a retribuição (juros), não pode deixar de se entender, *em princípio*, que o contrato é de mútuo.”⁴⁶

3.2.2. O contrato de depósito bancário de dinheiro

O depósito bancário⁴⁷ é o depósito de uma determinada quantia de dinheiro, realizado junto de um banco – o depositário – por um cliente – o depositante – e, como já suprarreferido, está sempre associado à celebração de um contrato de abertura de conta⁴⁸.

Relativamente à forma do contrato de depósito bancário, este reger-se-á, as mais das vezes, pelas cláusulas contratuais gerais comuns na *praxis* bancária⁴⁹. De acordo com o art. 407.º do CCom., “os depósitos feitos em bancos ou sociedades reger-se-ão pelos respectivos estatutos em tudo o que não se ache prevenido neste capítulo e mais disposições aplicáveis”. Todavia, como bem ensina Pestana de Vasconcelos, “esta disposição pouco adianta relativamente à caracterização do contrato: esta será aquela que da lei (...), das cláusulas contratuais gerais a que os bancos recorrem (...) e dos usos bancários decorrer.”^{50 51}

Contrariamente ao que se verifica no âmbito do depósito civil, no contrato de depósito bancário é devida uma remuneração ao banqueiro, na medida em que o

⁴⁵ Cordeiro, 2010, p. 572.

⁴⁶ Lima & Varela, 1986, p. 784.

⁴⁷ Por motivos de exposição, referimo-nos aqui ao depósito bancário à ordem e já não a outras modalidades.

⁴⁸ A este propósito, Menezes Cordeiro refere que “entre o banqueiro e o seu cliente não é, em regra, celebrado um único negócio jurídico” (Cordeiro, 1999, p. 11).

⁴⁹ A este propósito, Raquel Guimarães propugna que “os contratos bancários são um dos domínios onde o fenómeno das cláusulas contratuais gerais mais expressão tem tido nas últimas décadas” (Guimarães, 2017, p. 198).

⁵⁰ Vasconcelos, 2017b, p. 128.

⁵¹ Posto isto, cumpre notar que há regulamentação bancária relativa aos contratos de depósito, como Avisos do Banco de Portugal, o DL 430/91 de 2/11 relativo às modalidades de depósitos, o RGICSF, entre outros. Todavia, é possível concluir que não há uma disposição que, de forma clara, fixe a natureza jurídica do contrato de depósito bancário.

contrato estabelecido com o banco assim o prevê. De facto, neste ponto distanciam-se as figuras, pois o contrato de depósito previsto nos artigos 1185.º e seguintes será tendencialmente gratuito.

No que contende com a qualificação jurídica do contrato de depósito bancário suscitam-se várias questões, na medida em que grande parte da doutrina e jurisprudência o reconduzem à figura do depósito irregular⁵², não sendo esta posição, todavia, unânime. Neste sentido, atente-se nos Acs. do STJ de 07/05/2009⁵³ e de 08/05/2012⁵⁴, que propugnam a natureza irregular do depósito bancário amparada no regime do contrato de mútuo, ao passo que o Ac. do mesmo Tribunal de 09/06/2009⁵⁵ realça a sua natureza atípica.

Por sua vez, Paula Ponces Camanho advoga que a sua natureza jurídica é de um contrato de mútuo, pois este “é o contrato pelo qual uma das partes (cliente) empresta à outra (banco) dinheiro, ficando esta obrigada a restituir outro tanto do mesmo género ou qualidade (artigo 1142.º do Código Civil). A definição, assim como o regime deste contrato, adequa-se perfeitamente ao depósito bancário, bem como a todo o regime deste contrato.”⁵⁶

Esta corrente doutrinária e jurisprudencial considera que, de acordo com o art. 1144.º, que se aplicará pela remissão prevista no art. 1206.º, o banco adquire a titularidade do dinheiro objeto do contrato de depósito, pelo que o cliente – depositante –, com o depósito do dinheiro, cria na sua esfera jurídica o direito à restituição do mesmo, adquirindo, conseqüentemente, uma posição de credor⁵⁷.

Ora, tal posição recebe grande acolhimento no nosso ordenamento jurídico. Contudo, neste aspeto acompanhamos o professor Menezes Cordeiro, que considera que, não obstante a importância da qualificação jurídica do contrato de depósito bancário, este se afigura como “um claro tipo contratual social, perfeitamente determinado por cláusulas contratuais gerais e pelos usos e que não corresponde, precisamente, a nenhuma figura pré-existente.”⁵⁸

⁵² Neste sentido, Calvão da Silva propugna que “o depósito bancário constitui um depósito irregular a que se aplicam as regras do mútuo” (Silva, 2001, p. 349).

⁵³ “Para ser estritamente rigoroso, dado o carácter irregular do depósito, com a respectiva constituição o Banco recorrente ficou com a propriedade dos valores depositados, obrigando-se a entregar à autora outro tanto do mesmo género e qualidade”.

⁵⁴ “Trata-se de um depósito irregular a que são aplicáveis, na medida do possível, as normas relativas ao contrato de mútuo”.

⁵⁵ “O depósito bancário é configurado como um contrato atípico, que reúne elementos comuns da conta corrente mercantil e de contrato de mandato, e cujo objecto se desdobra em actividades próximas do mútuo oneroso e do depósito”.

⁵⁶ Camanho, 1998, pp. 208 e 209.

⁵⁷ Neste sentido, Carlos Ferreira Almeida advoga que “Na prática atual, os contratos de ‘depósito’ bancário preenchem, sim, todos os elementos do tipo contratual do mútuo (usualmente, real *quoad constitutionem*), porquanto, em todas as suas modalidades, o mutuante (cliente) põe à disposição do mutuário (banco) uma determinada quantia em dinheiro que este se obriga a reembolsar” (Almeida, 2015, pp. 28 e 29).

⁵⁸ Cordeiro, 2003, p. 226.

Ademais, ainda a nível social, é possível concluir que não se poderá estabelecer uma relação direta entre o depósito bancário e o mútuo, pois o banco “não trata o cliente que constitui um depósito a prazo como um mutuante: é um depositante, embora especial.”⁵⁹

No mesmo seguimento se pronuncia Pestana De Vasconcelos, que considera que o contrato de depósito bancário “é um contrato atípico, tendo um *núcleo misto* composto por elementos de depósito irregular e mútuo. Esta qualificação traduz a essência da figura. Mas ela na sua conformação vai para além desses elementos.”⁶⁰ Também Januário Gomes assume este entendimento referindo que o depósito bancário “deve, antes, ser visto como um *tipo social unitário e autónomo*, que se ‘subsidiaria’ no depósito irregular, figura que constituiu a sua matriz dogmática e histórica.”⁶¹

De facto, manifestamos a nossa concordância com a corrente doutrinária ora exposta, na medida em que nos parece que cingir uma figura tão enraizada no tráfego bancário a um determinado tipo contratual poderá conduzir a uma visão incompleta da mesma, uma vez que a autonomia e tipicidade próprias desta impedem tal equivalência⁶².

Assim, consideramos que o depósito bancário é uma figura socialmente típica, com *nomem iuris*, e com autonomia reconhecida, sendo, contudo, “próxima, historicamente, do depósito irregular.”⁶³

4. O penhor de conta bancária

4.1. Caracterização e funcionamento da garantia

Prima facie, e uma vez que o presente trabalho versa sobre a natureza jurídica do penhor de conta bancária, cumpre analisar os seus traços gerais.

O penhor de conta bancária caracteriza-se pela afetação de determinados depósitos bancários ao pagamento de certo crédito, sendo os depositantes obrigados a não os movimentar até ao cumprimento do aludido crédito. Dito de outro modo, o penhor de conta bancária consiste na afetação do direito de crédito do titular de uma conta bancária a um penhor⁶⁴.

O titular de uma conta bancária tem um direito de crédito à restituição do dinheiro nela depositada – direito de crédito esse que nasce da celebração do contrato de depósito

⁵⁹ Cordeiro, 2010, p. 578.

⁶⁰ Vasconcelos, 2011a, p. 170.

⁶¹ Gomes, 2012, p. 179.

⁶² “Nessa medida, estamos perante um contrato atípico, socialmente típico” (Vasconcelos, 1995, p. 144).

⁶³ Cordeiro, 2010, p. 578.

⁶⁴ Na mesma senda, Engrácia Antunes define o penhor de conta bancária como a “afetação do saldo da conta de que é titular um cliente à garantia de pagamento de um crédito que lhe foi concedido pelo banco, ficando este autorizado a debitar, na conta garante, os montantes da dívida vencidos e não pagos” (Antunes, 2009, p. 544).

bancário –, pelo que a entidade bancária onde o dinheiro se encontra depositado deverá restituí-lo quando aquele assim entender⁶⁵.

Deste modo, poderá o titular da conta afetar esse direito de crédito à constituição de um contrato de penhor em que o credor será, as mais das vezes, o banco onde se realizou o contrato de depósito⁶⁶, com a particularidade de, nesses casos, o banco figurar como “titular de um penhor sobre um crédito de que é ele próprio devedor.”⁶⁷ ⁶⁸ Note-se ainda que, por via de regra, o depósito em causa será à ordem, pelo que é prática reiterada bloquear a sua movimentação, sob pena de a garantia perder o seu efeito útil.

No que contende com o mecanismo satisfatório do credor pignoratício, realça-se o facto de esta garantia ser bastante célere e eficiente, na medida em que, no caso de incumprimento, o credor poderá debitar na conta do depósito a dívida, ou seja, “se o devedor não cumpre a obrigação a que estava adstrito, o credor ‘faz seu’ o depósito bancário empenhado, no sentido de se cobrar pelo valor deste, por via da compensação.”⁶⁹

Destarte, e não olvidando que o penhor não tem nos dias de hoje a importância prática que outras garantias reais têm, o mesmo já não se poderá dizer relativamente ao penhor de conta bancária pelas vantagens que apresenta, tanto para o credor como para o devedor⁷⁰.

Neste sentido, é possível concluir que o objeto do penhor de conta bancária é, efetivamente, o direito de crédito à restituição do dinheiro depositado, sendo curioso notar que se está a “empenhar um direito sobre algo (dinheiro) que se encontra na propriedade do credor pignoratício.”⁷¹ Nesta medida, afigura-se importante distanciar o penhor de dinheiro do penhor de conta bancária, uma vez que no primeiro o objeto é o dinheiro em si, enquanto no segundo o objeto é um direito de crédito.

Todavia, e sem prejuízo de o penhor ser uma das garantias reais mais comuns no Direito, a natureza jurídica do penhor de conta bancária não se encontra fixada de forma unânime.

⁶⁵ Salvo as situações em que o depósito seja celebrado em moldes que não permitam a permanente disponibilidade do dinheiro.

⁶⁶ Por motivos de exposição iremos referir-nos sempre, salvo indicação expressa em contrário, ao penhor de conta bancária em que o banco figura como credor. Não obstante, a relação poderá assumir-se tripartida quando o direito de crédito seja empenhado perante um terceiro.

⁶⁷ Vasconcelos, 2010, p. 288.

⁶⁸ No mesmo sentido, Perera, 2002, p. 867.

⁶⁹ Martinez & Ponte, 2003, p. 182.

⁷⁰ Quanto ao devedor, a maior vantagem é o facto de a rentabilidade do bem dado em garantia não ser afetada.

⁷¹ Martinez & Ponte, 2003, p. 182.

4.2. Da natureza jurídica

4.2.1. A natureza real do penhor de conta bancária – a doutrina dos direitos sobre direitos

Para uma análise cuidada e, bem assim, para que seja possível indagar acerca da natureza jurídica do penhor de conta bancária, será de todo o modo importante uma análise profunda dos direitos reais, da sua caracterização e de alguns dos seus princípios basilares.

Em primeiro lugar, e porque os direitos reais incidem sobre coisas, importa *in casu* atentar na qualificação como coisa, ou não, do direito de crédito à restituição do dinheiro depositado na conta bancária, na medida em que o penhor será constituído sobre este. Impõe-se analisar se é possível integrar o direito de crédito no conceito de coisa postulado na lei civil portuguesa para, posteriormente, aferir acerca da possibilidade de qualificação do penhor de conta bancária como um penhor de direitos e, bem assim, como um direito real de garantia.

Como bem ensina Orlando de Carvalho, “às coisas *stricto sensu* não pertencem só as coisas físicas ou coisas corpóreas, mas igualmente as coisas incorpóreas.”⁷² Neste sentido, cumpre atentar no princípio da coisificação, advogando o autor que este é “o princípio de que todo o direito real é um direito sobre coisas, que versa sobre coisas, e não sobre pessoas ou bens não coisificáveis.”⁷³

Certo é que o Código Civil declara expressamente no seu art. 1302.º que “só as coisas corpóreas, móveis ou imóveis, podem ser objeto do direito de propriedade regulado neste código”.

Todavia, e como propugna Orlando de Carvalho, “a restrição do art. 1302.º valeria, se valesse (...), apenas para o direito de propriedade: não já assim para o usufruto (art. 1439.º: ‘uma coisa ou direito alheio’), para o penhor (art. 666.º: ‘coisa móvel’, ‘valor de créditos ou outros direitos’).”⁷⁴

Assim, entende o autor que o conceito de coisa referido neste artigo não se limita às coisas corpóreas – coisas em sentido estrito – mas também às coisas incorpóreas e, ainda, às coisas em sentido amplo, ou seja, aos direitos. O princípio da coisificação abrange, por via de regra, todas as coisas, isto é, tanto as coisas *stricto sensu* como as coisas em sentido amplo, designadamente os direitos, ressalvando que “nem todas essas coisas são indiferentemente objecto de todas as situações reais, antes variando a área das coisas abrangidas conforme o género de situação em concreto.”⁷⁵

⁷² Carvalho, 2012a, p. 140.

⁷³ Carvalho, 2012a, p. 139.

⁷⁴ Carvalho, 2012a, pp. 145 e 149.

⁷⁵ Carvalho, 2012a, p. 154.

Deste modo, poderemos estar perante uma situação economicamente vantajosa conexas à titularidade de certos direitos, sendo tal vantagem “insuscetível de domínio em si e por si, mas só na medida em que se disponha dessas titularidades jurídicas; o que, desde que ao titular não convenha desprender-se destas últimas, levará, sendo isso legalmente possível, a coisificar esses direitos, a torná-los objeto de outros direitos: o caso dos direitos sobre direitos.”⁷⁶

Nestes termos, a ideia basilar subjacente ao princípio da coisificação reside em considerar a necessidade de existência de uma coisa (que seja um objeto e não uma pessoa), de uma prestação ou de uma situação económica não autónoma⁷⁷, sem prejuízo de em relação a estas duas últimas ser necessário proceder a uma conversão que culmine na existência de um bem – o denominado processo de coisificação do bem em *quaestio*.

A doutrina ora exposta não se afigura pacífica, pois muitos autores manifestam-se veementemente contra ao considerarem, por via de uma conceção conceitualista, que os direitos são direitos e, por isso, não poderão ser objeto dos mesmos. Em sentido diametralmente oposto, a doutrina positivista-legalista considera que “tudo é possível ao legislador, inclusive criar arbitrariamente os seus ‘bens’.”^{78 79}

Para Orlando de Carvalho, “o bem em causa nos direitos sobre direitos é a situação economicamente vantajosa que se liga à titularidade do direito sotoposto – situação que tem decerto que ver com as utilidades que se esperam do objecto sobre que mediata ou imediatamente ele incide (mediatamente nos direitos de crédito e imediatamente nos direitos reais sobre coisas *stricto sensu*) mas que engloba também as vantagens concretas que particularizam e valorizam o direito sotoposto em si mesmo.”⁸⁰

Se bem compreendemos o autor, este não considera que as situações economicamente vantajosas constituam, em si e *per se*, uma coisa, mas através da sua coisificação, quando tal se aflorar possível, estas assumem o estatuto de coisa em sentido lato. Neste sentido, o autor afirma que “um penhor, uma hipoteca ou usufruto sobre elas seriam, portanto, tecnicamente inadmissíveis”⁸¹, explicando posteriormente que “nada obsta a que se coisifiquem os direitos a que concretamente se ligam e, através deste expediente, se dominem essas situações.”⁸²

⁷⁶ Carvalho, 2012a, p. 140.

⁷⁷ “O caso das chances em relação ao estabelecimento, ou das titularidades jurídicas em relação a certos direitos” (Carvalho, 2012a, p. 154).

⁷⁸ Carvalho, 2012a, p. 155.

⁷⁹ Em sentido oposto, Santoro-Passarelli: “a propriedade e os outros direitos que se chamam reais (de *res*) têm sempre e apenas como objecto uma coisa em sentido próprio, uma porção de matéria. E, em nossa opinião, distinguem-se dos outros direitos subjectivos precisamente porque, embora estabelecendo, como qualquer outro direito, uma relação entre sujeitos, incidem *directamente* sobre a *res*, de modo que perante o seu titular a generalidade dos outros sujeitos fica apenas com uma obrigação secundária e reflexa de abstenção” (Santoro-Passarelli, 1967, p. 36).

⁸⁰ Carvalho, 2012a, p. 155.

⁸¹ Carvalho, 2012a, p. 156.

⁸² Carvalho, 2012a, p. 156.

Com efeito, acompanhamos Orlando de Carvalho quando refere que “o direito subjectivo não é um puro poder de vontade metafisicamente entendido – o que impediria a sua translação de sujeito para sujeito – nem é um puro *técné* – o que esvazia obviamente de conteúdo a sua mobilização e coisificação como objecto.”⁸³

Deste modo, aquilo que a doutrina dos direitos sobre direitos permite fazer é a maximização de uma determinada titularidade jurídica, obviamente sem retirar a titularidade do sujeito – pois a não ser assim bastaria o recurso à cessão de créditos prevista nos arts. 577.º e ss. – e tal só será possível através da transformação do direito em coisa.

Efetivamente, tal metamorfose do direito – a sua coisificação – só é permitida em direitos que sejam disponíveis, “significa isto que têm de ser direitos patrimoniais disponíveis. Com a exclusão do direito de propriedade que, esgotando virtualmente todas as potencialidades da coisa, se confunde, enquanto situação de prevalência, com a coisa mesma.”⁸⁴

Mais se acrescenta que o autor não revela qualquer pretensão de estabelecer um paralelo com o direito de propriedade, propugnando por essa razão que “sobre a situação vantajosa mobilizada através do direito respectivo é perfeitamente possível um usufruto ou um penhor que respeite iniramente a regra ‘*nemo plus jús*’. O que não obriga a conceber nenhuma propriedade de créditos ou, genericamente, de direitos, noção que para lá de supérflua – a presumida propriedade de direitos mais não seria do que a titularidade dos mesmos –, desconhece o específico daquela forma de domínio como poder actual e potencialmente total sobre as utilidades previsíveis e imprevisíveis de um bem: como poder de exaurir por sua própria virtude o que se chama a ‘lógica das coisas’.”⁸⁵

Assim, é possível concluir que o autor defende que aquilo que é absolutamente exigido é que se verifique a extensão da garantia (no caso de direitos reais de garantia) em pleno, isto é, “a titularidade do direito tem de permitir uma fruição por pessoa diversa do titular desse direito, como tem de permitir uma função de garantia em benefício de um credor que também não é o titular”⁸⁶, pelo que desta forma o vai permitir “em termos de *jura in re*, com idênticas prerrogativas e idêntica eficácia *erga omnes*.”⁸⁷

Destarte, conclui-se que a natureza obrigacional inerente ao direito de crédito titulado pelo devedor e que, *in casu*, vai ser objeto do penhor não colide com a natureza real do segundo direito – do direito de garantia real que se cria com a constituição do

⁸³ Carvalho, 2012a, p. 156.

⁸⁴ Carvalho, 2012b, p. 158.

⁸⁵ Carvalho, 2012a, p. 157.

⁸⁶ Carvalho, 2012a, p. 157.

⁸⁷ Carvalho, 2012a, p. 157.

penhor – “uma vez que o seu papel é apenas permitir a coisificação da situação de prevalência mediante a sua própria coisificação para aquele fim.”⁸⁸

Ressalve-se que, de acordo com a doutrina exposta, só se poderá admitir a existência de direitos sobre direitos quando estes, que se coisificam, sejam suscetíveis de transmissão. Neste sentido, é possível excluir, desde já, os direitos *intuitu personae*, na medida em que não são dotados de transmissibilidade.

De igual modo, exclui-se o direito de propriedade, pois como bem ensina Orlando de Carvalho, “não tem sentido, pois, a não ser por metonímia, falar de direitos sobre esse direito-matriz: esses direitos são sempre direitos sobre a coisa, como acontece com os *jura in re aliena*.”⁸⁹

Relativamente aos direitos reais de garantia, também estes não poderão em abstrato ser enquadráveis nos direitos sobre direitos; contudo, o mesmo já não se dirá acerca “dos créditos para cuja garantia servem e de que são acessórios estes direitos reais, que assim, pelo princípio *accessorium sequitur principale* serão abrangidos nas correspondentes relações jurídicas.”⁹⁰

O ora exposto decorre do facto de a situação economicamente vantajosa, o objeto dos direitos sobre direitos, ter “que ver com o bem que é objecto do direito sotoposto, daí decorrendo tudo o que se reporta à valorização ou à fruição desse bem e às vantagens que ele por si proporciona, ainda que nos limites do referido direito.”⁹¹

Mais acrescenta o autor que “o princípio ‘*nemini res sua servit*’ não deve absolutizar-se ao ponto de se negar a própria vida dos interesses; e uma forma dessa absolutização é não se relativizar suficientemente o direito subjectivo de modo a reconhecer-se que ele pode constituir um bem e, embora ‘desactivado’ enquanto direito-direito, subsistir, mesmo assim, enquanto direito-objecto.”⁹²

Relativamente à doutrina ora analisada, Manuel de Andrade parece admitir a figura dos direitos sobre direitos, embora não o faça de forma expressa, considerando que a questão é, desde sempre e até aos tempos de hoje, uma questão conturbada na doutrina justificada pela sua complexidade dogmática⁹³.

O autor propugna, então, que não será difícil vislumbrar casos em que se configura um direito recaindo sobre outro direito, como seja o caso do penhor de direitos, e que perante esta realidade cumpre indagar se estamos perante direitos sobre direitos, ou se,

⁸⁸ Carvalho, 2012a, p. 158.

⁸⁹ Carvalho, 2012a, p. 158.

⁹⁰ Andrade, 1983, p. 198.

⁹¹ Carvalho, 2012a, p. 159.

⁹² Carvalho, 2012a, p. 159.

⁹³ No mesmo sentido, Mota Pinto, referindo que “o problema, autêntica *vaxata questio*, é de índole construtiva, discutindo-se se se trata de *direitos sobre direitos* ou de transmissões limitadas do direito que *prima facie* aparece como objecto de outra relação jurídica ou ainda de um novo direito limitado com o mesmo objecto do direito anterior” (Pinto, 2005, p. 338).

por outro lado, apenas aparentemente tal se poderá dizer. Isto é, ver “se as expressões de que a lei e a doutrina costumam servir-se a este propósito valerão apenas como fórmulas abreviadas e sugestivas, como simples modos figurados de traduzir os diversos e mais complexos fenómenos, ou devem tomar-se ao pé da letra, admitindo-se que, em bom rigor, naquelas relações o direito subjectivo se objectiviza e como que se materializa até ao ponto de sobre ele incidir outro direito subjectivo.”⁹⁴

Neste sentido, Manuel de Andrade refere que muitos autores enveredam pela primeira solução, criando, contudo, ramificações distintas, sendo de destacar duas principais.

No que concerne à primeira teoria, a sua base reconduz-se à “transmissão do direito que *prima facie* se apresenta como sendo objecto de outro direito”⁹⁵, ou seja, não haveria aqui lugar a qualquer constituição de um direito sobre outro direito, uma vez que haveria a transmissão do direito. Todavia, esta transmissão não seria plena, mas antes condicionada ou limitada às finalidades visadas pelas partes.

Deste modo, “no penhor ou no usufruto dum crédito haveria, no fundo, uma simples cessão do mesmo crédito, ainda que só para a hipótese de o respectivo credor não pagar a dívida à segurança da qual foi constituído o penhor, e sempre limitada aos juros (crédito reditício), no usufruto, ou então ao capital necessário para satisfação do credor pignoratício.”⁹⁶

Assim, esta teoria reconduzir-se-ia a uma transmissão condicional de um direito coartado ao fim do negócio que une as partes. Não nos parece, no entanto, adequado conceber nestes termos aquilo que se passará, a título de exemplo, com o penhor de conta bancária, entre outras figuras subsumíveis aos direitos sobre direitos.

Senão vejamos: no penhor de conta bancária, quando há o empenhamento do direito de crédito titulado pelo depositante perante o banco para garantir uma quantia mutuada por este, não parecerá que o empenhador queira fazer uma cessão desse crédito, nem tão pouco isso se afigura necessário. Assim sendo, não se compreende como se poderá compor a figura ora analisada como uma cessão desse mesmo crédito para o banco, pois não é isso que efetivamente ocorre.

Ademais, mesmo considerando a garantia real em causa – o penhor –, esta não se compadece com a cessão de nenhum crédito, mas antes com a sua guarda ou afetação ao cumprimento de uma determinada obrigação, pelo que manifestamos discordância com a teoria ora exposta.

⁹⁴ Andrade, 1983, pp. 195 e 196.

⁹⁵ Andrade, 1983, p. 196.

⁹⁶ Andrade, 1983, p. 196.

Por oposição, outros autores entendem que não haverá aqui lugar a qualquer transmissão condicionada ou limitada do direito, mas antes “a constituição dum novo direito, tendo o mesmo objecto do primeiro, mas igualmente condicional ou limitada, ficando este último cerceado ou comprimido por aquele na proporção correlativa.”⁹⁷

Deste modo, estaríamos perante uma nova forma de transmissão constitutiva de direitos, na medida em que “sobre a base de um direito mais amplo o respectivo titular criaria a favor de outra pessoa um direito novo com idêntico objecto e menor conteúdo.”⁹⁸

Ora, ainda que nos pareça mais fácil aceitar esta teoria quando comparada com a anteriormente exposta, parece-nos que ainda assim que não deverá ter acolhimento. Isto porque não se compreende como se poderá conceber que existam direitos de direitos e não direitos sobre direitos, quando a primeira hipótese se afigura muito mais desajustada relativamente àquilo que são os princípios orientadores do direito civil.

De facto, aplicando esta doutrina ao caso concreto do penhor de conta bancária, rejeitamos que seja admitida mais facilmente a hipótese de criação de um direito menor titulado pelo credor pignoratício sobre o direito de crédito titulado pelo empenhador, do que a coisificação do direito de crédito titulado pelo empenhador, de modo a inseri-lo no conceito amplo de coisas, possibilidade essa que nos é conferida pela própria redação do art. 202.º do CC.

Destarte, somos do entendimento que esta doutrina confere uma complexidade adicional ao defender a criação de direitos menores sobre os direitos. Neste caso, estaríamos perante “direitos filiados noutros direitos, derivados deles, formados à sua custa, e que depois entrariam em concorrência com os direitos de onde procederam, afrontando-os, ilaqueando-os até certo ponto no seu exercício”⁹⁹, não parecendo que, nos casos previstos na lei civil, seja este o objetivo do legislador.

Por seu turno, e após a explanação destas duas teorias, Manuel de Andrade advoga a admissibilidade da figura dos direitos sobre direitos afirmando que “tal ideia terá realização concreta, reflectirá exactamente os dados positivos do sistema jurídico, toda a vez que a uma pessoa sejam atribuídos no seu interesse (ou de outrem que ela represente) poderes mais ou menos amplos para influir ou actuar sobre um direito preexistente, isto é, para dispor dele, para o dominar – a estes poderes se contrapondo as obrigações correlativas.”¹⁰⁰

⁹⁷ Andrade, 1983, pp. 195 e 196.

⁹⁸ Andrade, 1983, pp. 195 e 196.

⁹⁹ Andrade, 1983, pp. 196 e 197.

¹⁰⁰ Andrade, 1983, p. 197.

Manifestamos, desde já, a nossa concordância com o autor, na medida em que consideramos, de igual modo, que a admissão dos direitos sobre direitos não colide com princípios estruturais de direito civil.

Assim, se um indivíduo é titular de um direito e pretende que este seja objeto de outro direito, não haverá, em princípio, obstáculo a que isso ocorra. Não obstante, cumpre ressaltar que o direito vai ter por objeto outro direito e já não o objeto desse direito agora onerado, sem prejuízo de poderem “coexistir uns e outros poderes, por aí se explicando até a perduração, geralmente admitida, do direito dominante, quando o direito dominado venha a extinguir-se por confusão.”¹⁰¹

Todavia, como já fora oportunamente referido, a doutrina dos direitos sobre direitos não tem grande acolhimento no nosso ordenamento jurídico, uma vez que parte da doutrina rejeita esta concepção jurídica, destacando-se neste ponto Oliveira Ascensão, Carvalho Fernandes e Menezes Cordeiro¹⁰².

Neste sentido, Oliveira Ascensão não se compadece com os argumentos das teses apresentadas, *maxime* a tese propugnada por Orlando de Carvalho manifestando-se negativamente no que concerne à admissibilidade da doutrina dos direitos sobre direitos, referindo aliás que “na realidade não há direitos sobre direitos.”¹⁰³

O autor, partindo do exemplo do usufruto de créditos, conclui que, nestes casos em que se equaciona a possibilidade de estarmos perante um direito sobre outro direito, o que sucede é que o objeto do direito em causa é uma prestação e, assim, deve ser considerado um direito de crédito, e já não um direito real, porque por definição o direito a uma prestação é um direito de crédito¹⁰⁴.

Ademais, o autor considera que coisa “é uma realidade exterior ao homem e dele independente na sua subsistência, que tem individualidade e utilidade e é susceptível de apropriação”¹⁰⁵, pelo que integrar direitos no conceito de coisa é incoerente, pois os direitos são “evidentemente entidades jurídicas, produto de uma determinada valoração.”¹⁰⁶

Oliveira Ascensão, não olvidando a complexidade ínsita a esta questão, mais uma vez partindo do caso do usufruto, conclui que, pensando nos casos em que o usufruto incide sobre uma coisa, “não se diz que o objecto do usufruto é a propriedade, ou em geral o direito maior, que recaía sobre essa coisa: o objecto do usufruto é a coisa que é já objecto desses direitos”¹⁰⁷. Por similitude de razão, também nos casos em que estamos

¹⁰¹ Andrade, 1983, p. 197.

¹⁰² No mesmo sentido, Castro Mendes considera que “o nosso código trata por vezes os direitos objecto de relações jurídicas como coisas; coisas incorpóreas, então” (Mendes, 1978, p. 256).

¹⁰³ Ascensão, 2000a, p. 39.

¹⁰⁴ Ascensão, 1968, pp. 276 e 277.

¹⁰⁵ Ascensão, 2000b, p.344.

¹⁰⁶ Ascensão, 2000b, p. 354.

¹⁰⁷ Ascensão, 1968, p. 277.

perante um usufruto de créditos devemos considerar que o objeto é a prestação e já não o direito que o usufruto limita.

Mais acrescenta que, quando o legislador contempla estas questões, fá-lo porque se mantém a figura do direito, mas já não com natureza real, advogando que “o facto de a lei recorrer a uma figura que tem sido integrada no Direito das Coisas, não significa necessariamente que essa figura tenha natureza real.”¹⁰⁸

No que concerne ao penhor, Oliveira Ascensão aplica, no mesmo sentido, o regime do usufruto ao penhor de créditos, considerando que este último apenas terá efeitos *inter partes*. Neste ponto, e colocando a tónica em especial no penhor de conta bancária, não poderemos deixar de discordar, pois consideramos que a natureza real se mantém, na medida em que o facto de o direito sotoposto depender indubitavelmente do direito sobreposto não poderá retirar o conteúdo real da garantia.

De igual modo se manifesta Carvalho Fernandes, considerando que os direitos subjetivos devem ser afastados do conceito de coisa e, neste sentido, considerar-se desadequada a admissibilidade da doutrina dos direitos sobre direitos, analisando para tanto as doutrinas também já expostas por Manuel de Andrade.

Contudo, o autor considera que “a construção jurídica de situações deste tipo tem de ser estabelecida autonomamente e não como simples corolário do tratamento dos direitos subjectivos como coisas”¹⁰⁹, advogando que a doutrina exposta relativa à aquisição derivada constitutiva de direitos apresenta um vício fundamental: o facto de não se enquadrar com a realidade jurídica.

Manifestamos a nossa concordância com o autor neste ponto, a qual já expusemos, uma vez que não há qualquer transmissão de direitos para o credor pignoratício (ainda que de forma condicionada), a não ser, logicamente, os direitos conexos ao direito de garantia.

Mais se acrescenta que, ainda que assim não se entenda, sempre se poderá considerar que a transmissão de qualquer poder para o credor pignoratício estará, indubitavelmente, excluída da vontade das partes aquando da realização do negócio. Tal é notório quando estamos perante um penhor de conta bancária, negócio de natureza garantística e que, deste modo, não parece poder englobar, nem tão pouco compadecer-se, com qualquer possibilidade de transmissão de poderes sobre o direito empenhado.

Neste seguimento, Carvalho Fernandes advoga que “o credor, ao conceder um penhor sobre o seu crédito, quer apenas constituir uma garantia, em termos análogos aos que se verificariam se o objecto desse penhor fosse uma coisa móvel.”¹¹⁰

¹⁰⁸ Ascensão, 1968, p. 277.

¹⁰⁹ Fernandes, 2007, p. 704.

¹¹⁰ Fernandes, 2007, p. 705.

No que contende com a outra teoria, também já analisada, relativa à transmissão condicionada ou limitada do direito, o autor de igual modo se manifesta com reservas, que subscrevemos. Efetivamente, considerar que há uma transmissão do direito sob condição resolutiva não parece, de modo algum, adequar-se à realidade jurídica em que as partes se inserem.

Como bem ensina Carvalho Fernandes, “o regime legal afasta uma construção que implica a transmissão de alguns poderes que integram o crédito, por maioria de razão – se assim se pode dizer – exclui a cessão do direito, no seu todo, ainda que sob condição.”¹¹¹

Este autor propugna que quando estamos perante uma situação que se poderia subsumir à figura dos direitos sobre direitos estamos, na verdade, perante um direito que incide sobre o bem que tem como objeto, ou seja, “o direito, ao incidir sobre outro direito, acaba por recair, embora indirectamente, sobre o bem que este tem por objecto, seja este uma coisa ou uma prestação.”¹¹²

Nesta senda, o autor considera que quando estamos perante uma hipoteca de usufruto, a primeira incide sobre o bem objeto do usufruto e já não sobre o direito de usufruto, pelo que, por similitude de pensamento, no caso do penhor de conta bancária, o bem seria a conta bancária – mormente o saldo desta –, ao invés do direito de crédito titulado pelo depositante perante o banco.

Neste último ponto, temos de nos distanciar do autor, uma vez que, como já oportunamente referido, consideramos não existirem óbices à coisificação do direito de crédito – enquanto situação economicamente vantajosa – por forma a integrar o conceito de coisa e, bem assim, ser passível de ser objeto de um direito real. Consideramos, então, que o penhor de conta bancária incide sobre o direito de crédito à restituição do dinheiro.

Em jeito de crítica, poder-se-á dizer, na esteira de Orlando de Carvalho e Manuel de Andrade, que a limitação do conceito de coisa defendida por Oliveira Ascensão e Carvalho Fernandes, entre outros, não parece adequar-se ao conceito de coisa vigente no direito civil português, uma vez que, perante a conceptualização lata que o art. 202.º apresenta, não se compreenderá como se pretende restringir deste modo a aplicabilidade do preceito¹¹³.

Efetivamente, não se encontra patente na lei uma diferenciação de regime que permita estabelecer, concreta e minuciosamente, a inadmissibilidade do legislador da doutrina dos direitos sobre direitos e, bem assim, da definição de coisa em sentido lato, englobando nesta os direitos.

¹¹¹ Fernandes, 2007, p. 705.

¹¹² Fernandes, 2007, p. 706.

¹¹³ Neste sentido, Pais de Vasconcelos refere que “coisa é o que não for pessoa. É, no fundo, esse o conceito de coisa que aparece definido no n.º 1 do artigo 202.º do Código Civil” (Vasconcelos, 2012, p. 191).

Por oposição, até se poderá dizer que, pelo menos aparentemente, esta doutrina se encontra consagrada no Código Civil, na medida em que no art. 204.º n.º 1 d) está presente, no conceito de coisa, um direito subjetivo. Na mesma senda, também na consagração do usufruto de créditos ou do penhor de direitos estamos perante direitos sobre direitos.^{114 115}

Com efeito, a doutrina dos direitos sobre direitos afigura-se fulcral, acima de tudo, no acompanhamento das necessidades da sociedade, nunca olvidando que a preocupação primeira do Direito será sempre a organização da vida em sociedade, “na previsão de conflitos de interesses humanos e o direito subjectivo é um mecanismo de tutela que se traduz na concreta situação de prevalência que se reconhece a uma pessoa em vista dessa possível colisão.”¹¹⁶

Por tudo, consideramos que tal doutrina se afigura fundamental para aferir da natureza jurídica do penhor de conta bancária, na medida em que o objeto do penhor será efetivamente o direito de crédito titulado pelo depositante perante o banco, direito esse que parecerá configurar, de acordo com as lições de Orlando de Carvalho, uma situação economicamente vantajosa.

Posto isto, partilhamos o entendimento de que o penhor de conta bancária consubstancia um penhor de direitos, pois não parecerão existir óbices à coisificação da referida situação economicamente vantajosa – o direito de crédito à restituição – e, deste modo, concluímos pela admissibilidade da doutrina dos direitos sobre direitos, sem que se firam princípios basilares e estruturantes do Direito Civil Português. Por conseguinte, o penhor de conta bancária é uma garantia dotada de natureza real, com todas as características ínsitas a estas, destacando-se a preferência do credor pignoratício face aos demais credores.

Não obstante a escassez de casos analisados na jurisprudência relativos à natureza jurídica do penhor de conta bancária, cumpre atentar que já o STJ se pronunciou favoravelmente à integração desta garantia no seio das garantias reais, propugnando que “o penhor da conta bancária é um direito real de garantia e respeita a característica da tipicidade destes, enquanto e como penhor que é.”¹¹⁷

Em suma, com a adoção da teoria dos direitos sobre direitos serão facilmente evitadas possíveis colisões de interesses, havendo, por oposição, harmonia do Direito,

¹¹⁴ Neste âmbito, Hörster advoga que “de igual modo não existem dúvidas de que um direito pode ser objecto de relações jurídicas. A lei prevê esta situação em muitos preceitos. P. ex: penhor de direitos (arts. 679.º e ss.)” (Hörster, 1992, p. 176).

¹¹⁵ A este propósito, Vaz Serra, apesar de considerar que a qualificação da natureza jurídica do penhor de direitos é desprovida de interesse prático, refere que “não cabe à lei decidi-la. Só importa a esta reconhecer que a vida exige o penhor de direitos e regulá-lo” (Serra, 1956b, p. 241).

¹¹⁶ Carvalho, 2012b, p. 157.

¹¹⁷ Ac. do STJ de 07/06/2005, onde se pode ler que “É admissível o penhor da conta bancária, trata-se de um penhor de crédito”. No mesmo sentido, o Ac. do TRL de 14/06/2007 refere que “O contrato de penhor pode incidir sobre um depósito bancário”.

assegurando-se, nas palavras de Orlando de Carvalho, “o direito subjectivo como instrumento da autodeterminação da pessoa e mecanismo de tutela da respectiva autonomia”¹¹⁸, “crendo como cremos que o mundo jurídico-civil é que é o mundo da pessoa e dos direitos da pessoa, defende[r]mos a importância do direito subjectivo como a ideia central do mundo jurídico-civil, como o seu meio de acção e de regulamentação mais fisiológico.”¹¹⁹

4.2.2. O penhor irregular

Uma outra doutrina que importa analisar para aferir a natureza jurídica do penhor de conta bancária é a teoria que propugna que este consubstancia um penhor irregular.

Com efeito, o penhor irregular é uma figura atípica no nosso ordenamento jurídico. Contudo, não o será em outros ordenamentos contíguos, pelo que cumpre atentar nas especificidades e particularidades deste instituto, com vista a equacionar a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico português, mais concretamente enquanto garantia no Direito Civil.

O penhor irregular é uma figura típica e regulada em Itália^{120 121} no âmbito da antecipação bancária, uma vez que dentro desta o crédito do banco pode estar garantido por penhor regular ou irregular. Neste último caso, o penhor tem como objeto dinheiro, mercadorias ou outros títulos, cuja titularidade é transmitida para o credor ¹²². A não ser assim, ainda que não haja transmissão da titularidade, o credor fica com a faculdade de dispor dos bens.

Já na Alemanha¹²³, o regime é particularmente diferente, na medida em que o credor pignoratício pode consumir ou alienar as coisas dadas em penhor, procedendo posteriormente à restituição com coisas idênticas. Assim, para se aferir se houve ou não transmissão da propriedade dos bens objeto da garantia, é necessário interpretar a vontade das partes.

Em termos gerais, no que contende com o penhor irregular em que há transmissão da titularidade do bem, “podemos de forma lata caracterizar esta figura como um contrato de garantia, denominado pelas partes como penhor, que tem por objecto bens

¹¹⁸ Carvalho, 2012b, p. 101.

¹¹⁹ Carvalho, 2012b, p. 103.

¹²⁰ Previsto no art. 1851.º do *Codice Civile*.

¹²¹ Em Itália, a utilização do vocábulo irregular deve-se unicamente ao facto de o credor não ter de restituir a coisa dada em garantia, mas apenas o *tantundem*, pois o contrato em si é perfeitamente regular (Ciccarello, 1982, pp. 687 e 688).

¹²² Neste âmbito, a doutrina italiana considera que muitas vezes o problema suscitado pelo penhor irregular é o de coordenar a função de garantia dos bens fungíveis com a transferência da propriedade sobre os mesmos (Ciccarello, 1982, p. 688).

¹²³ Neste sentido, atente-se que no direito alemão esta figura não está expressamente admitida, não obstante a crescente tendência para a sua admissibilidade e aplicação dos parágrafos 1229, 1223 e 1252 do BGB. Por tudo, poderá concluir-se que o penhor irregular não se encontra isento de óbices no direito comparado.

fungíveis (em particular, dinheiro) cuja titularidade passa para o credor, obrigando-se este a retransmitir o objecto da garantia, logo que a obrigação for cumprida.”¹²⁴

Hugo Ramos Alves, que defende a admissibilidade do penhor irregular no ordenamento jurídico português, propugna que “a garantia real procurou o seu desenvolvimento atendendo à segurança da relação com a própria coisa – conforme sucede, sobretudo, na *fidúcia* – ou no seu valor – casos do penhor e da hipoteca”¹²⁵, acrescentando que nos casos em que se empenha dinheiro estas duas vertentes coexistem na mesma figura. Deste modo, o autor define o penhor irregular como “um contrato restitutório que, à imagem do depósito irregular, implica a obrigação de restituição do *tantundem eiusdem generis* por parte do credor pignoratício.”¹²⁶

Ora, com a celebração de um penhor irregular de dinheiro, o credor adquire a propriedade sobre o montante que é objeto de penhor, pelo que em caso de cumprimento da obrigação garantida, o credor terá que restituir a soma objeto do penhor. Por oposição, em caso de inadimplemento da obrigação, este valor será imputado ao bem dado em garantia. Neste sentido, o autor considera que o penhor irregular se distancia do penhor de direitos, na medida em que “temos (...) como elemento de estraneidade a transmissão da propriedade do bem empenhado.”¹²⁷

Relativamente às vantagens inerentes a esta garantia, ressalte-se, em primeiro lugar, a solidez que a mesma confere ao credor através da transmissão da propriedade do bem objeto de garantia para a sua esfera jurídica, sendo que, simultaneamente, se afigura aprazível ao devedor, na medida em que permite que a rentabilidade do depósito – ou seja, do dinheiro objeto do depósito – não seja afetada. Todavia, apesar de serem claras as vantagens da constituição de um penhor irregular para ambas as partes, poder-se-á dizer que o devedor arcará sempre com o risco de incumprimento da restituição do bem empenhado pelo credor pignoratício, findo o contrato que subjaz à garantia.

Pestana de Vasconcelos advoga que, na fase que antecede o cumprimento da obrigação emergente da concessão do crédito, o devedor tem um direito condicional à restituição do objeto dado em penhor, sendo precisamente essa condição o seu cumprimento.

Desta feita, impõe-se concluir qual o regime a aplicar ao penhor irregular, ou seja, aferir se este é, ainda e apesar de todas as suas particularidades, uma modalidade de penhor; se, por outro lado, constitui um tipo de contrato autónomo e que apenas tem na sua designação o vocábulo penhor, ou, ainda, se é um contrato diverso do penhor, mas passível de se lhe aplicarem algumas disposições deste.

¹²⁴ Vasconcelos, 2011b, p. 367.

¹²⁵ Alves, 2010, p. 185.

¹²⁶ Alves, 2010, p. 187.

¹²⁷ Alves, 2010, p. 190.

A este propósito, Pestana de Vasconcelos considera que a posição correta será a última, na medida em que as semelhanças com o penhor se centram no reforço qualitativo sobre o bem; “contudo, dentro desta modalidade de garantias (de reforço qualitativo) insere-se já no recurso à titularidade de um direito, e não na criação de um direito real de garantia sobre um bem de outrem.”¹²⁸

Não obstante a adoção deste entendimento, o autor propugna que, ainda assim, é possível a aplicação de algumas normas do penhor ao penhor irregular. Neste sentido, e partindo da doutrina de Pais de Vasconcelos, as partes vão reportar a qualificação do contrato ao penhor ao modelo regulativo do tipo¹²⁹, mas naquilo em que for adequado, ou seja, naquilo em que a regulamentação do penhor não colida com os dogmas do penhor irregular.

Neste sentido, Hugo Ramos Alves advoga que uma das semelhanças entre o penhor irregular e o penhor é, efetivamente, o direito à restituição do objeto empenhado. No que contende com a restituição, dever-se-á aplicar o disposto no art. 672.º – salvo estipulação das partes em contrário –, pelo que os frutos da quantia empenhada deverão ser abatidos ao capital¹³⁰.

Naquilo que nos compete, parecerá que o penhor irregular se distancia em larga medida do regime civil do penhor, aproximando-se, por outro lado, da estrutura fiduciária dos contratos de garantia financeira, ressaltando-se o papel de destaque dado à transmissão da propriedade do bem dado em garantia.

4.2.2.1. O penhor de conta bancária enquanto penhor irregular

Finda uma breve exposição acerca do instituto do penhor irregular e das suas características, cumpre de momento analisar a corrente doutrinária que qualifica o penhor de conta bancária como um penhor irregular.

Neste sentido, salienta-se a posição de Hugo Ramos Alves, ao defender expressamente que o penhor de conta bancária consubstancia um penhor irregular, na medida em que o banco é o proprietário do bem empenhado.

O autor considera, então, que o penhor sobre dinheiro apenas será um penhor regular quando incida sobre o dinheiro na sua individualidade, referindo para tanto o exemplo do Direito Romano de Caio e Tício, quando o primeiro deu a Tício uma determinada quantidade de dinheiro num sobrescrito fechado¹³¹. Por oposição,

¹²⁸ Vasconcelos, 2011b, p. 376.

¹²⁹ “A estipulação do tipo constitui um poderoso elemento de interpretação revelador de uma vontade contratual firme e ponderada de adopção do modelo regulativo do tipo estipulado” (Vasconcelos, 1995, p. 131).

¹³⁰ Na mesma senda, o autor defende que o art. 671.º b) não poderá ser aplicado.

¹³¹ No mesmo sentido, Vaz Serra refere que “o penhor sobre *dinheiro* pode ser um *verdadeiro direito de penhor* sobre dinheiro, e pode ser um penhor *irregular* ou *impróprio*” (Serra, 1956b, p. 102).

ocorrendo a transferência da propriedade do dinheiro para o credor, já não estaremos perante um penhor de dinheiro.

Destarte, Hugo Ramos Alves afirma que “não é a natureza fungível das coisas empenhadas que justifica a transmissão da sua propriedade, mas sim a combinação do acto de vontade das partes com o facto concludente de não se ter efectuado um qualquer procedimento de individualização das coisas empenhadas.”¹³² Deste modo, o autor considera que o penhor de conta bancária é, efetivamente, um penhor irregular porquanto o banco fica o proprietário da quantia empenhada através do contrato de depósito previamente realizado.

Na nossa opinião, é de rejeitar a subsunção do penhor de conta bancária ao penhor irregular, na medida em que consideramos que o objeto da garantia é o direito de crédito à restituição do dinheiro depositado e já não o dinheiro, pelo que nunca se poderia considerar que estávamos perante um penhor constituído sobre um bem que passaria para a titularidade do credor¹³³.

Sendo assim, poderia pensar-se que a questão central se mantém, pois o penhor é realizado sobre o direito de crédito, mas o devedor desse direito é o banco que no contrato de penhor figura como credor e, assim, seria realizado um penhor sobre um direito que incide sobre um bem que é propriedade do credor, ou seja, poderíamos estar perante um penhor irregular.

Contudo, não cremos que tal se possa cingir nestes termos, uma vez que ainda que o banco seja proprietário do dinheiro depositado e este seja, em última *ratio*, o objeto do penhor – pois é com esse dinheiro depositado que o banco se irá ressarcir em caso de inadimplemento do devedor –, o verdadeiro objeto do penhor é o direito à restituição do dinheiro.

Desta feita, e apesar de o direito empenhado ser um direito sobre o dinheiro, é manifestamente diferente realizar o penhor sobre o dinheiro ou sobre o direito de crédito à restituição do mesmo. Assim, só poderíamos estar perante um penhor irregular se o penhor incidisse sobre o dinheiro e o banco ficasse proprietário do dinheiro por forma a garantir o seu crédito sem que na sua esfera jurídica nascesse alguma obrigação de restituição. Todavia, tal não ocorre, uma vez que o efeito translativo da propriedade do dinheiro ocorre em virtude da celebração do contrato de depósito bancário, pelo que também por aqui se afasta a qualificação deste penhor como irregular.

Pestana de Vasconcelos, com o qual manifestamos total concordância, advoga que “naqueles casos em que o devedor tenha já depositado a quantia junto do credor, em

¹³² Alves, 2010, pp. 202 e 203.

¹³³ Não obstante, note-se que em Espanha este entendimento será rejeitado, uma vez que consideram que não existe diferença entre o penhor irregular e o penhor de créditos, pois consideram que o primeiro se reconduz ao segundo. Perera, 2002, p. 860.

regra um banco, o que será empenhado será o crédito à restituição dessa quantia de que o devedor é titular face ao banco, ou seja, empenha-se um crédito a uma prestação de que o credor pignoratício é devedor (o banco torna-se dessa forma titular de um direito de penhor sobre um crédito a uma prestação de que é ele próprio devedor). Não se trata de um penhor irregular.”¹³⁴

Além do mais, quando estamos perante um penhor irregular, aquando do cumprimento do devedor, o credor tem a obrigação de retransmitir a propriedade do bem, na medida em que a relação creditícia terminou e, por inerência, a garantística também. No caso do penhor de conta bancária, para aqueles que consideram que o objeto deste é o dinheiro, isso nunca poderia suceder, pois o banco não poderia transmitir a propriedade do dinheiro que estava depositado na conta para a titularidade do depositante, uma vez que enquanto o dinheiro estiver depositado no banco este é o seu proprietário, sendo certo que o contrato de depósito não cessa por ter terminado o contrato de garantia.

Ademais, e por hipótese de raciocínio, se se considerar que o penhor é realizado sobre o dinheiro em si e já não sobre o direito de crédito à restituição, estaríamos perante um penhor criado sobre um bem alheio, na medida em que o dinheiro, em virtude do contrato de depósito, fica propriedade do banco.

Por tudo, consideramos que não se pode considerar o penhor de conta bancária um penhor irregular, uma vez que o objeto do penhor não é transmitido a título de propriedade para o credor, pois o objeto do penhor é, efetivamente, o direito de crédito à restituição do dinheiro depositado e não o dinheiro. Assim, só se poderia falar em penhor irregular neste caso concreto se o objeto do penhor fosse o dinheiro e, não sendo, o que pensamos estar demonstrado, rejeitamos a subsunção do penhor de conta bancária ao penhor irregular.

4.2.3. O penhor financeiro: breve análise à luz do DL n.º 105/2004

Certa parte da doutrina considera que o penhor de conta bancária pode consubstanciar um penhor financeiro, pelo que cumpre atentar no regime legal deste último.

O penhor financeiro é regulado no âmbito do DL n.º 105/2004 de 8 de maio, que foi elaborado tendo por base a harmonização comunitária, sendo o principal objetivo da intervenção da União Europeia neste âmbito a criação de um grupo de garantias que permitissem um reforço qualitativo, isto é, o reforço através da titularidade de um

¹³⁴ Vasconcelos, 2011b, p. 368.

direito¹³⁵, tendo em conta “a necessidade de circulação de riqueza e importância crescente das operações transfronteiriças.”¹³⁶

Prima facie, cumpre atentar que apenas poderão ser subsumidos a este regime os contratos de garantia que preencham os requisitos exigidos, nomeadamente os requisitos subjetivos e objetivos, patentes nos arts. 3.º a 7.º do referido diploma.

No que concerne ao requisito subjetivo, e porque este é dotado de elevada importância na medida em que não estando preenchido não será possível aplicar o regime patente no DL, é necessário que os intervenientes pertençam a uma das categorias elencadas no art. 3.º, sem prejuízo de se admitir que um dos contraentes não esteja especificamente nesse elenco, conquanto seja uma pessoa coletiva.

Relativamente ao objeto da garantia financeira, e em concreto do penhor financeiro, podemos concluir que o penhor de conta bancária será um penhor financeiro, uma vez que, após passar o crivo do elemento subjetivo, configura um penhor sobre um numerário, ou seja, sobre o saldo disponível de uma conta bancária denominada em qualquer moeda, ou um crédito similar que confira direito à restituição de dinheiro¹³⁷.

No que respeita ao regime dos contratos de garantia financeira, e em concreto à aplicação do penhor financeiro, ressalta-se o facto de as partes poderem convencionar que o credor pignoratício tenha o direito de dispor do objeto, ou seja, de agir “como se fosse seu proprietário”¹³⁸; todavia, “devemos sublinhar que o direito de disposição é um direito contratual, não resulta directamente da lei, ele só existe se, tal como definido pela *voluntas* das partes, expressa no contrato de garantia financeira.”^{139 140}

A este propósito, realce-se a enorme relevância que adquire a atribuição do direito de disposição ao credor pignoratício, na medida em que isso irá permitir ao credor “recorrer a esse bem para, dentro do período de tempo balizado pela data de vencimento da obrigação garantida, o usar, transformando-o em liquidez através de uma venda, ou, eventualmente, dando-o em garantia”¹⁴¹, e, desta feita, o devedor – enquanto instrumento facilitador do credor para a persecução dos seus negócios – poderá obter condições mais vantajosas no que contende com a concessão de crédito.

Em suma, e como já tivemos oportunidade de referir, o penhor de conta bancária será um penhor financeiro sempre que se verificarem os requisitos de aplicação do DL n.º 105/2004, sendo certo que muitas vezes se exclui a aplicabilidade deste diploma e, bem assim, a recondução da garantia a este regime específico, uma vez que o penhor de

¹³⁵ Vasconcelos, 2010, p. 268.

¹³⁶ Graça, 2010, p. 49.

¹³⁷ Vide art. 5.º a) do DL 105/2004.

¹³⁸ Art. 9.º, n.º 2 do DL 105/2004.

¹³⁹ Graça, 2010, p. 46.

¹⁴⁰ Neste particular, Calvão da Silva fala na novidade deste preceito neste DL, relativamente ao *ius abutendi* quando em comparação com a regulamentação do CC (Silva, 2013, p. 232).

¹⁴¹ Vasconcelos, 2008, p. 1287.

conta bancária é frequentemente realizado por pessoas singulares, o que impossibilita a subsunção aos sujeitos contratuais admitidos no DL dos contratos de garantia financeira.

4.2.4 O penhor de conta bancária enquanto garantia especial sobre um direito

Alguns autores consideram que o penhor de conta bancária não é uma garantia dotada de natureza real, encarando-o antes como uma garantia especial sobre um direito, destacando-se neste âmbito Menezes Cordeiro e Menezes Leitão.

Neste sentido, Menezes Cordeiro considera que o penhor de conta bancária se afasta em larga medida do penhor civil, uma vez que não só não recai sobre uma coisa corpórea ou a ela assimilável, como o dinheiro depositado é propriedade do banco. Mais acrescenta que o mecanismo satisfatório, ou seja, a afetação do dinheiro depositado através do débito na conta sobre a qual incidiu o penhor, se afigura como um regime peculiar.

O autor advoga que “o penhor de créditos tem por objecto não um direito – ou uma coisa – mas uma prestação. Consequentemente não é um direito real, nem penhor. A semelhança económica que apresenta com o penhor em sentido próprio justifica, contudo, que se fale de penhor de créditos.”¹⁴²

Ademais, considera que a verdadeira diferença entre o penhor de conta bancária e o penhor civilístico é o facto de aquele impor ao autor do mesmo a obrigação de manter a conta provisionada, considerando que, assim, a garantia não é real, sendo, ao invés, pessoal.

Nestes termos, o autor considera que não estamos perante um verdadeiro depósito e, mais que isso, não estamos perante um verdadeiro penhor, advogando que “o denominado ‘penhor’ de conta bancária não é um verdadeiro penhor, no sentido dum direito real de garantia; trata-se, antes, duma garantia pessoal dobrada pela autorização de debitar, na conta garante, determinadas importâncias.”¹⁴³ No seu entendimento, todo o funcionamento e mecanismo satisfatório da garantia tem por base a “cláusula de principal pagador, perfeitamente visível, perante o artigo 640.º a), do Código Civil.”^{144 145}

Neste sentido, cumpre manifestar a nossa discordância com o autor, uma vez que não concordamos que se possa considerar que haja uma “personificação” da garantia. Com efeito, não existe uma obrigação do depositante em manter a conta provisionada,

¹⁴² Cordeiro, 1979a, p. 1076.

¹⁴³ Cordeiro, 2010, p. 728.

¹⁴⁴ Cordeiro, 2010, p. 728.

¹⁴⁵ Não obstante a adoção desta posição, o autor não olvida as dificuldades da *questio*, questionando no penhor de crédito “se não haverá aqui uma hipótese de *direito real sobre coisas incorpóreas*, ou, mais latamente, de *direito sobre direito*” (Cordeiro, 1979b, p. 753).

uma vez que é prática comum que haja, aquando da constituição do *pignus*, um acordo de bloqueio da movimentação da conta, sendo esse bloqueio uma das grandes vantagens da celebração desta garantia.

A este propósito acompanhamos Hugo Ramos Alves, que considera que a função social e económica do penhor de conta bancária nunca se poderá aproximar da fiança, advogando que “enquanto o penhor se caracteriza pela afectação de uma reserva de utilidade constituída por um determinado bem que permite a satisfação creditícia, na fiança não se coloca à disposição do credor o objecto da satisfação, mas, pelo contrário, assume-se como devedor.”¹⁴⁶

Refira-se, contudo, que o Ac. do TRP de 03/10/1996 partilhou do entendimento de Menezes Cordeiro, tendo considerado a natureza pessoal e não real do penhor de conta bancária.

Por seu turno, Menezes Leitão considera que “o penhor de direitos, designadamente o penhor de créditos, não constitui, porém, um direito real de garantia, uma vez que não incide sobre coisas corpóreas, sendo antes uma garantia especial sobre direitos.”¹⁴⁷ Neste sentido, o autor entende que o penhor de conta bancária é um penhor de créditos e, por similitude de razão, uma garantia especial sobre um direito, pois considera que o penhor incide sobre o direito de crédito à restituição do dinheiro depositado e já não sobre o dinheiro depositado, afastando, deste modo, a natureza real da garantia.

Relativamente ao mecanismo de satisfação do credor pignoratício em caso de inadimplemento do devedor, o autor advoga que a execução da garantia é feita através da cativação do saldo em conta¹⁴⁸, afastando-se assim da doutrina propugnada por Menezes Cordeiro.

Por tudo, cumpre concluir que nos distanciamos das doudas doutrinas ora enunciadas, na medida em que consideramos que o direito de crédito – objeto do penhor de conta bancária – é passível de se integrar no conceito de coisa e, bem assim, integrar o âmbito do penhor de créditos, pelo que a garantia é de natureza real.

¹⁴⁶ Alves, 2010, p. 227.

¹⁴⁷ Leitão, 2012a, p. 424.

¹⁴⁸ Leitão, 2012b, p. 257.

5. (Possível) colisão do penhor de conta bancária com o princípio da proibição do pacto comissório

Uma questão contendente com o penhor de conta bancária, e que poderá figurar como um obstáculo à sua admissibilidade, é a possibilidade de este violar o princípio da proibição do pacto comissório, sendo esta pretensa possibilidade legitimada pela remissão do art. 678.º para o art. 694.º.

Em traços gerais, poder-se-á definir o pacto comissório como “um pacto por força do qual se transfira do devedor para o credor a propriedade do bem dado em garantia se, no momento do vencimento da obrigação principal, o devedor não a cumprir.”¹⁴⁹ Efetivamente, tal questão é suscitada, na medida em que o credor pignoratício debitará a quantia depositada na conta bancária em caso de incumprimento, pelo que se poderá questionar se tal configurará uma situação em que o credor faz sua a coisa dada em garantia.

Cumpre, desde logo, ressaltar que a natureza do bem em causa – um direito de crédito pecuniário que se traduz posteriormente em dinheiro – sempre conduziria à conclusão de que estamos perante um bem fungível, o que atenuaria a aplicabilidade da proibição comissória. Tal dever-se-á ao facto de o valor do dinheiro ser aferido tendo por base o valor do mercado, pelo que “nessa medida, será do ponto de vista substancial irrelevante se a satisfação se faz por débito em conta ou pela alienação do crédito que gerará esse valor.”¹⁵⁰

Mais se acrescenta que parece resultar claro que o recurso à possibilidade conferida através da norma positivada no art. 675.º n.º 1 (venda extraprocessual) não fará sentido neste contexto, uma vez que não se afigura necessário proceder à avaliação de dinheiro¹⁵¹. Ademais, o débito na conta apenas ocorrerá relativamente ao dinheiro devido, e já não em relação a outro qualquer valor, pelo que também a partir daqui se exclui a possibilidade de locupletamento do credor.

Em suma, cumpre concluir que não consideramos que haja violação do princípio da proibição do pacto comissório, uma vez que o credor apenas debitará o valor correspondente ao crédito, não havendo qualquer enriquecimento por parte deste. Ainda que assim não se entenda, mais concretamente no que concerne à questão de o credor ficar com a coisa dada em garantia, parece-nos que, tendo em conta o objeto da conta bancária, isto é, o dinheiro, e considerando a sua natureza fungível, esse argumento não logrará.

¹⁴⁹ Matos, 2006, p. 26.

¹⁵⁰ Vasconcelos, 2010, p. 290.

¹⁵¹ No mesmo sentido, se se recorresse à ação executiva após a penhora, iria proceder-se ao pagamento através do dinheiro existente, e já não pela venda do crédito, nos termos do art. 798.º CPC.

5.1. No âmbito do penhor irregular

Com efeito, a transmissão da propriedade do bem empenhado para o credor surge como elemento caracterizador do penhor irregular, pelo que cumpre atentar se, no caso de incumprimento por parte do devedor, estamos perante um caso de violação do princípio da proibição do pacto comissório.

Hugo Ramos Alves advoga que “o penhor irregular transcende a aplicação da proibição do pacto comissório, dado que repousa sobre uma obrigação de restituição do excesso relativamente ao valor do crédito no momento do seu vencimento.”¹⁵²

Ademais, acrescenta o autor que ainda que assim não se entenda, as similitudes da figura com o instituto do pacto marciano são inegáveis, pelo que nunca se poderia concluir, sem mais, pela sua nulidade.

Deste modo, manifestamos a nossa concordância com o autor, concluindo que não parecerá que o penhor irregular viole o princípio da proibição do pacto comissório.

5.2. No âmbito do penhor financeiro

Com efeito, o DL que regula o penhor financeiro trouxe um elemento inovador no paradigma do direito nacional¹⁵³, mormente a previsão do pacto marciano, no art. 11.º.

Neste sentido, “no caso de o devedor não cumprir, o beneficiário pode proceder à execução do penhor financeiro, fazendo seu o objecto empenhado (...), mediante venda ou apropriação, se tal estiver previsto no contrato de penhor e houver acordo das partes relativamente à avaliação dos instrumentos financeiros e dos créditos sobre terceiros.”¹⁵⁴

Todavia, como bem ensina Diogo Macedo Graça, o legislador precipitou-se ao considerar que a previsão do pacto marciano corresponde à aceitação do pacto comissório¹⁵⁵, uma vez que, pelo contrário, aquilo que se encontra previsto neste âmbito é a admissibilidade do pacto marciano, não sendo afastada a proibição do pacto comissório¹⁵⁶.

O pacto marciano poderá caracterizar-se como a “convenção pela qual, no caso de o devedor não cumprir a sua obrigação na data do respectivo vencimento, a propriedade do bem dado em garantia se transfere para o credor mediante preço justo”¹⁵⁷, de modo que “a convenção das partes deve assegurar a equivalência entre o montante em dívida e

¹⁵² Alves, 2010, p. 218.

¹⁵³ Ainda que o DL tenha uma aplicação restrita e, bem assim, não seja este regime previsto na lei civil portuguesa, isso não obsta à qualificação desta previsão como verdadeiramente inovadora.

¹⁵⁴ Silva, 2013, p. 235.

¹⁵⁵ Graça, 2010, p. 59.

¹⁵⁶ Neste sentido, o autor rejeita a terminologia utilizada pelo legislador no referido DL, aspeto com o qual manifestamos a nossa total concordância.

¹⁵⁷ Matos, 2006, p. 82.

o valor dos instrumentos financeiros dados em penhor, o que se consubstancia na modalidade de pacto marciano e não na definição de pacto comissório *strictu sensu*.¹⁵⁸

Destarte, a destrição fundamental entre o pacto comissório e o pacto marciano é o facto de o bem dado em garantia ser avaliado – aquando do incumprimento¹⁵⁹ – por forma a não haver um enriquecimento injustificado do credor. Posteriormente, caso o valor do bem seja superior, há uma obrigação do credor de entregar o excedente ao devedor.

Assim, e no que concerne ao penhor de conta bancária enquanto penhor financeiro¹⁶⁰, é possível concluir que este não colide com o princípio da proibição do pacto comissório, na medida em que no DL onde está regulado há a previsão do pacto marciano, pelo que o mecanismo satisfatório do credor pignoratício em caso de incumprimento se subsume ao mesmo.

5.3. No âmbito das garantias especiais sobre um direito

Os autores que propugnam que o penhor de conta bancária consubstancia uma garantia especial sobre um direito consideram que não estamos perante uma garantia com natureza real. Desta feita, cumpre indagar se, ainda assim, estaremos perante um negócio com natureza comissória, violando o vertido no art. 694.º do CC.

Prima facie, atente-se que, apesar do princípio da proibição do pacto comissório estar previsto no art. 694.º, dever-se-á ter como extensível a sua aplicação a todas as garantias, ainda que atípicas, uma vez que “a *ratio* da proibição do pacto comissório é plúrima e complexa”¹⁶¹, “valendo sempre que os sujeitos pretendam obter o mesmo efeito proibido, através do recurso a uma outra figura de referência”¹⁶². No mesmo sentido, Júlio Gomes refere que “só a tese que encara a proibição do pacto comissório como um vestígio ou resquício histórico sem qualquer justificação racional é que rejeita a extensão da proibição aos pactos autónomos.”¹⁶³

Neste sentido, não obstante a posição assumida, Menezes Cordeiro não obvia a similitude de situações, pelo que questiona a possível natureza comissória do penhor de conta bancária. Todavia, considera que, tendo o depósito um valor objetivo que é dado

¹⁵⁸ Graça, 2010, p. 62.

¹⁵⁹ Neste particular, cumpre atentar que a doutrina se divide relativamente ao momento em que tal avaliação deve ser realizada e, de igual modo, acerca dos critérios que deverão ser utilizados para a mesma. Contudo, e uma vez que no caso do penhor de conta bancário o bem dado em garantia é um crédito pecuniário que se traduz em dinheiro, o valor do bem será sempre dado pelo valor da moeda, pelo que tal não reveste tanto interesse *in casu*.

¹⁶⁰ Ou seja, nos casos em que, como já dissemos, estejam verificados os requisitos subjetivos de aplicação do diploma.

¹⁶¹ Gomes, 2000, p. 94.

¹⁶² Gomes, 2000, p. 94.

¹⁶³ Gomes, 2004, pp. 68 e 69.

pelo seu montante, não se poderá concluir que haja aqui um enriquecimento indevido por parte do credor.

Assim, apesar de demonstrado – como cremos que está – que o penhor de conta bancária não viola o princípio da proibição do pacto comissório, ainda que se considerasse que este assume a forma de uma garantia especial sobre um direito e, consequentemente, não é revestido de natureza real, tal nunca invalidaria a necessidade de subsunção ao crivo do art. 694.º.

Conclusão

A realização deste trabalho teve em vista a determinação da natureza jurídica do penhor de conta bancária no Direito Civil Português, em especial considerando que se trata de um aspeto que assume contornos controversos no panorama jurídico-civilístico.

Com efeito, em nossa opinião, o penhor de conta bancária é um direito real de garantia na modalidade de penhor de direitos – ao abrigo dos arts. 679.º e seguintes do CC – não negando, de igual modo, que a interceção da natureza real desta garantia com o direito das obrigações a imbui de uma complexidade de especial relevo, que se evidenciou ao longo do presente estudo. Todavia, e não obstante o entendimento ora exposto, ressaltamos que o penhor de conta bancária consubstanciará, ao invés, um penhor financeiro sempre que estejam preenchidos os requisitos para a aplicação do DL onde este é regulado.

De qualquer modo, concluímos que, uma vez que o Direito Civil vigente admite o penhor de direitos – pelo que esta positividade da garantia parecerá conferir um reforço a favor da sua admissibilidade neste âmbito –, acrescido do facto de considerarmos que os direitos afloram como possíveis objetos de outros direitos, não poderá ser negada a natureza real do penhor de conta bancária.

Ademais, parecerá consentâneo com a realidade social e económica atual a coisificação do direito de crédito à restituição do dinheiro depositado, para que o mesmo possa ser objeto de um direito real de garantia, ressaltando-se que na prática bancária esta garantia é assaz frequente e, por esse motivo, deve também a “tipicidade social” da sua natureza real ser tomada em conta.

Por oposição, no que concerne à teoria que subsume o penhor de conta bancária à figura do penhor irregular, concluímos que em virtude de o objeto do penhor ser um direito de crédito e já não dinheiro, nunca se poderá admitir a sua subsunção. De facto, os autores que advogam esta teoria concluem que o bem empenhado é o dinheiro e, nesse sentido, concluem que o mesmo fica propriedade do credor. Contudo, uma vez que não é esse o objeto do penhor em análise, nunca se poderá admitir que o direito de crédito fica na titularidade do credor pignoratício, pelo que se rejeita esta teoria neste âmbito.

Relativamente às teorias que propugnam que estamos perante uma garantia especial, consideramos, de igual modo, que as mesmas padecem do mesmo vício ao não integrarem o direito de crédito no conceito lato de coisa.

Por último, cumpre concluir que o penhor de conta bancária não viola o princípio da proibição do pacto comissório, considerando a natureza fungível do dinheiro e o facto de apenas ser debitado da conta o valor em dívida, pelo que se exclui qualquer possibilidade de locupletamento do credor.

Em suma, afigura-se-nos inegável a natureza real do penhor de conta bancária. De facto, parece-nos que tal se adequa à vontade do legislador que contemplou esta figura na lei civil portuguesa, como, de igual modo, representa a situação mais ajustada às necessidades hodiernas do direito das garantias, que apresenta um crescente recurso a garantias conexas com os direitos de crédito.

Bibliografia

- ALMEIDA, C. (2013). O contrato de conta corrente e a conta corrente bancária. In *Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas*, vol. II. Coimbra: Coimbra Editora.
- ALMEIDA, C. (2015). Contrato bancário geral e depósito bancário. In *Direito bancário*. Lisboa: CEJ.
- ALVES, H. (2010). *Do penhor*. Coimbra: Almedina.
- ANDRADE, M. (1983). *Teoria geral da relação jurídica*, vol. I. Coimbra: Almedina.
- ANTUNES, J. (2009). *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina.
- ASCENSÃO, J. (1968). *Tipicidade dos direitos reais*. Lisboa: Petrony.
- ASCENSÃO, J. (2000a). *Direito civil: Reais*, 5.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- ASCENSÃO, J. (2000b). *Direito civil. Teoria geral*, vol. I, 2.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- BURDESE (1982). Pegno. Diritto romano. In *Enciclopedia del Diritto*, vol. 24. Milano: Giuffrè.
- CAMANHO, P. (1998). *Do contrato de depósito bancário*. Lisboa: Almedina.
- CAMPITELLI, A. (1982). Pegno. Diritto intermedio. In *Enciclopedia del Diritto*, vol. 24. Milano: Giuffrè.
- CARVALHO, O. (2012a). *Direito das coisas*. Coimbra: Coimbra Editora.
- CARVALHO, O. (2012b). *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora.
- CICCARELLO, S. (1982). Pegno. Diritto privato. In *Enciclopedia del Diritto*, vol. 24. Milano: Giuffrè.
- CORDEIRO, A. (1979a). Direitos reais. *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, n.º114, vol. II. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda.
- CORDEIRO, A. (1979b). *Direitos reais*, reimpressão. Lisboa: Lex.
- CORDEIRO, A. (1999). O “contrato bancário geral”. In *Estudos de direito bancário*, FDUL. Coimbra: Coimbra Editora.
- CORDEIRO, A. (2003). *Da compensação no direito civil e no direito bancário*. Coimbra: Almedina.
- CORDEIRO, A. (2010). *Manual de direito bancário*, 4.^a Edição. Lisboa: Almedina.
- COSTA, M. (1980). *Noções de direito civil*. Coimbra: Almedina.
- COSTA, M. (2016). *Direito das obrigações*, 12.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- FERREIRA, A. (2009). *Direito bancário*, 2.^a Edição. Lisboa: Quid Iuris.
- FERNANDES, L. (2000). *Lições de direitos reais*, 3.^a Edição. Lisboa: Quid Iuris.
- FERNANDES, L. (2007). *Teoria geral do direito civil*, vol. I, 4.^a Edição. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- GOMES, M. (2000). *Assunção fidejussória da dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*. Lisboa: Almedina.
- GOMES, M. (2012). *Contratos comerciais*. Coimbra: Almedina.
- GOMES, J. (2004). Sobre o âmbito da proibição do pacto comissório, o pacto comissório autónomo e o pacto marciano. *Cadernos de Direito Privado*, n.º 8. Braga: CEJUR.
- GRAÇA, D. (2010). *Contratos de garantia financeira*. Coimbra: Almedina.

- GUIMARÃES, M. (2017). As cláusulas contratuais gerais bancárias na jurisprudência recente nos tribunais superiores. In *II Congresso de Direito Bancário*. Coimbra: Almedina.
- HÖRSTER, H. (1992). *A parte geral do código civil português. Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina.
- LEITÃO, L. (2012a). *Direitos reais*, 3.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- LEITÃO, L. (2012b). *Garantias das obrigações*, 4.^a Edição. Lisboa: Almedina.
- LIMA, P. & VARELA, J. (1987). *Código civil anotado*, vol. I, 4.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- LIMA, P. & VARELA, J. (1986). *Código civil anotado*, vol. II, 3.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- MARTINEZ, P. (2003). *Direito das obrigações: Programa 2003/2004. Apontamentos*. Lisboa: AADFL.
- MARTINEZ, P. & PONTE, P. (2003) – *Garantias de cumprimento*, 4.^a Edição. Lisboa: Almedina.
- MATOS, I. (2006). *O pacto comissório: Contributo para o estudo do âmbito da sua proteção*. Coimbra: Almedina.
- MENDES, J. (1978). *Direito civil: Teoria geral*. Lisboa: AAFDL.
- NEVES, R. (2012). O penhor de créditos: Notas sobre o seu conteúdo. In *Estudos em homenagem ao Professor Miguel Galvão Teles*, vol. II. Coimbra: Almedina.
- PERERA, Á. (2002). *Tratado de los derechos de garantía*. Cizur Menor: Aranzadi.
- PINTO, C. (2005). *Teoria geral do direito civil*, 4.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- SANTORO-PASSARELLI, F. (1967). *Teoria geral do direito civil*, Trad. Professor Manuel de Alarcão. Coimbra: Atlântida.
- SERRA, A. (1956a). *Penhor. BMJ*, n.º 58. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado, Lisboa.
- SERRA, A. (1956b). *Penhor. BMJ*, n.º 59. Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado, Lisboa.
- SILVA, J. (2001). *Direito bancário*. Coimbra: Almedina.
- SILVA, J. (2013). *Banca, bolsa e seguros*, 4.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- VARELA, J. (2001). *Das obrigações em geral*, vol. II, 7.^a Edição. Lisboa: Almedina.
- VASCONCELOS, L. (2007). *Cessão de créditos em garantia e a insolvência: Em particular a posição do cessionário na insolvência*. Coimbra: Coimbra Editora.
- VASCONCELOS, L. (2008). Os contratos de garantia financeira. O dealbar do direito europeu das garantias. In *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. II. Coimbra: Almedina.
- VASCONCELOS, L. (2010). *Direito das garantias*. Lisboa: Almedina.
- VASCONCELOS, L. (2011a). Dos contratos de depósito bancário. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, n.º 8. Porto: Coimbra Editora.
- VASCONCELOS, L. (2011b). Notas sobre o penhor irregular. In *Estudos dedicados ao Professor Doutor Carvalho Fernandes*, vol. II. Lisboa: Universidade Católica Editora.

VASCONCELOS, L. (2017a). A constituição da relação bancária. In *Estudos Comemorativos dos 20 anos da FDUP*. Coimbra: Almedina.

VASCONCELOS, L. (2017b). *Direito bancário*. Coimbra: Almedina.

VASCONCELOS, P. (1995). *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina.

VASCONCELOS, P. (2012). *Teoria geral do direito civil*, 7.^a Edição. Coimbra: Almedina.

Jurisprudência citada¹⁶⁴:

Supremo Tribunal de Justiça:

Ac. 07/05/2009, Proc. n.º 3116/06TVLSB.S1, Relator: Hélder Roque;

Ac. 08/05/2012, Proc. n.º 96/1999.G1.S1, Relator: Gregório Silva Jesus;

Ac. 09/06/2009, Proc. n.º 09A0662, Relator: Mário Cruz;

Ac. 07/06/2005, Proc. n.º 05A1774, Relator: Lopes Pinto.

Tribunal da Relação de Lisboa:

Ac. de 14/06/2007, Proc. n.º 2815/2007-8, Relator: Salazar Casanova.

Tribunal da Relação do Porto:

Ac. de 03/10/1996, Proc. n.º 9531254, Relator: Cesário de Matos.

¹⁶⁴ Toda a jurisprudência citada pode ser consultada em www.dgsi.pt.

Da Alienação Fiduciária em Garantia

Estudo para a sua positivação
no ordenamento jurídico português

Beatriz Queirós Ribeiro

Sob a orientação da Dra. Maria João Vaz Tomé

À minha Avó.

*“E a minha ambição era trazer o universo ao colo
Como uma criança a quem a ama beija.”*
Álvaro de Campos

Agradecimentos

À minha avó, a quem devo tudo o que sou hoje e tudo o que ainda serei um dia, pelo amor incondicional e por me ter proporcionado a oportunidade que nunca teve.

Às pessoas mais próximas, que se têm demonstrado pilares fundamentais na minha vida e que influenciaram, de forma determinante, o meu ímpeto final na realização desta dissertação.

À Dra. Maria João Tomé, pelo seu apoio, disponibilidade pessoal e, sobretudo, por acreditar que seria possível.

Resumo

A utilização da propriedade com função garantística tem configurado, na sociedade moderna, um relevante mecanismo de concessão de crédito. Partindo desta premissa e da importância prática que assume no comércio jurídico atual, a presente dissertação versa sobre a alienação fiduciária em garantia enquanto figura geral, tendo em vista a análise da sua configuração nos termos do direito vigente, por forma a realizar um estudo suscetível de servir de base à sua positivação de *iure condendo*. Para tanto, procuramos demonstrar que se trata de um instituto lícito e idóneo para garantir um crédito, que assume contornos que se poderão afigurar favoráveis a ambos os contraentes. Não será, no entanto, de ignorar que, se o negócio não respeitar determinados requisitos, designadamente formais, poderá contender com a segurança do tráfego jurídico e com a tutela do fiduciante. Concluímos pela admissibilidade desta figura à luz do direito português, na medida em que não fere princípios do Direito Civil. Assim, consideramos ser necessária uma regulamentação normativa que atenuie o caráter fiduciário do negócio, por forma a diminuir os riscos ínsitos à prestação da garantia pelo devedor e que, do mesmo modo, seja apta a assegurar um dos princípios fundamentais de um sistema de Direito: a segurança do tráfego jurídico.

Palavras-chave: alienação fiduciária em garantia; admissibilidade; função garantística; concessão de crédito; caráter fiduciário; positivação

Abstract

The use of property with a guarantee function is a relevant mechanism for granting credit in modern society. Based on this premise and on the practical importance it assumes in current legal trade, this dissertation will address fiduciary alienation in guarantee as a general figure, in order to analyse its configuration under the terms of the current civil law, so as to carry out a study capable of serving as the basis for its positivation *de iure condendo*. Thus, we seek to demonstrate that this is a lawful and suitable institute to ensure a credit, which takes on contours that may appear favourable to both parties. However, it should not be forgotten that if the legal business does not comply with certain requirements, especially formal ones, it may have to contend with the security of the legal traffic and with the guardianship of the trustor. We conclude with the admissibility of this figure in the light of Portuguese law, insofar as it does not violate principles of Civil Law. We therefore consider that regulatory legislation is necessary to mitigate the fiduciary nature of the business, in order to reduce the risks related to the provision of the guarantee by the debtor and to ensure one of the fundamental principles of a system of law: the safety of legal traffic.

Keywords: fiduciary alienation in guarantee; admissibility; guarantee function; credit granting; fiduciary character; positivation

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Art./Arts.	Artigo/Artigo
At.	Atualizada
CC	Código Civil
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
C.Com	Código Comercial
CPC	Código de Processo Civil
DL	Decreto-lei
N.º	Número
Pág./Págs.	Página/Páginas
Proc.	Processo
Rev.	Revista
Ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRP	Tribunal da Relação do Porto
Vol.	Volume

ÍNDICE

Introdução	9
I. Enquadramento da alienação fiduciária em garantia	10
1. Breve alusão histórica: <i>A fiducia cum creditore</i>	10
2. Estrutura fiduciária	11
3. Caracterização geral	12
4. Conceito	14
II. Admissibilidade à luz do Direito Português	15
1. Panorama jurídico	15
2. Análise crítica dos argumentos desfavoráveis	16
III. Âmbito negocial e posição dos contraentes	25
1. O âmbito do negócio	25
1.1. A relação de garantia	25
1.1.1. Aspetos formais	25
1.1.2. Estipulação	27
2. Natureza jurídica	28
3. O risco fiduciário	30
3.1. A violação do <i>pactum fiduciae</i>	30
3.2. A apreensão judicial do bem	32
3.2.1. No âmbito executivo	32
3.2.2. No âmbito insolvencial	34
IV. Breve análise de Direito Comparado	35
1. A fidúcia francesa: breve referência	36
2. O sistema alemão	36
3. A propriedade fiduciária brasileira	38
4. Possíveis contributos de <i>iure condendo</i>	39
V. A alienação fiduciária em garantia e as garantias reais tradicionais	42
1. A insuficiência das garantias reais	42
2. Principais vantagens da alienação fiduciária em garantia	43
Conclusão	44
Bibliografia	47

Introdução

As crescentes necessidades criadas pelo desenvolvimento económico-social não têm sido indiferentes à criatividade jurídica. A despersonalização da relação creditícia e a massificação do recurso ao crédito têm originado a procura, pelos agentes económicos, de mecanismos suscetíveis de assegurar de forma plena a recuperação dos montantes mutuados.

A solução tem passado pela criação de inúmeros institutos nos quais a propriedade adquire função garantística, o que tem assumido uma enorme preponderância no comércio jurídico. De entre estes, encontra-se a alienação fiduciária em garantia, que tem vindo a revelar-se um importante mecanismo de concessão de crédito, o que se deve em grande medida à sua consagração no domínio dos acordos de garantia financeira, pelo DL n.º 105/2004, de 8 de maio. Contudo, semelhante positivação não sucedeu fora deste âmbito restrito, pelo que é um contrato que, enquanto figura autónoma, funda a sua existência e extensão no princípio da liberdade contratual, previsto no art. 405º do CC.

Nesta medida, uma vez que se trata de um negócio atípico através do qual se procede à transferência da propriedade de um bem com causa de garantia, são várias as questões que merecem um tratamento adequado, sobre as quais nos debruçaremos no decurso da nossa exposição.

A nossa análise encontra-se dividida em cinco momentos essenciais: numa primeira fase, correspondente ao primeiro capítulo, realizamos o enquadramento da alienação fiduciária em garantia. Aludimos, assim, à sua origem histórica – a *fiducia cum creditore* do Direito Romano –, assinalando as profundas semelhanças entre as duas figuras, que levam a concluir pelo ressurgimento da *fiducia* adaptada à atualidade. Tendo em vista permitir uma melhor compreensão dos contornos que esta figura assume hodiernamente, logramos expor a sua caracterização em termos gerais, fazendo referência aos traços que definem este instituto. Pela sua importância prática, aludimos, de igual modo, a conceções doutrinárias de relevo nesta matéria, tendo em vista a formulação de um conceito que espelhe os seus elementos caracterizadores.

Por seu turno, no segundo capítulo, elencamos os principais argumentos que se insurgem contra a admissibilidade da alienação fiduciária em garantia no Direito Português – que, durante muito tempo, se impuseram como um entrave ao seu recurso – e realizamos uma análise crítica aos mesmos.

No capítulo subsequente, partindo já da sua admissibilidade de *iure constituto*, analisamos aspetos particulares atinentes a este negócio. Neste âmbito, referimos a necessidade de observância de determinados requisitos de forma, tendo em vista salvaguardar a segurança do comércio jurídico. Debruçamo-nos, de igual modo, sobre a

estipulação da garantia, mormente no que respeita ao instrumento jurídico em que é vertida e ao momento temporal em que poderá ser estabelecida. Temos ainda em consideração o risco fiduciário, que comporta a violação do *pactum fiduciae* e a apreensão judicial do bem alienado em garantia.

Já no quarto capítulo, realizamos uma breve análise de direito comparado, tendo em vista extrair potenciais contributos dos regimes jurídicos plasmados nos ordenamentos em análise, por forma a alcançar soluções idóneas no âmbito do direito português, numa eventual positivação.

Por fim, no último capítulo aludimos à insuficiência patente nas garantias reais tradicionais nos dias de hoje e, do mesmo modo, apresentamos aquelas que serão, na nossa ótica, as principais vantagens deste instituto relativamente às mesmas.

I. Enquadramento da alienação fiduciária em garantia

1. Breve alusão histórica: A *fiducia cum creditore*

A fidúcia, anterior ao penhor e à hipoteca, assume-se com toda a probabilidade como a mais antiga garantia de que há memória¹.

Como refere Almeida Costa, “tanto no sistema romano como no sistema germânico, a primitiva forma de direito real de garantia consistiu em atribuir-se ao credor a propriedade sobre um imóvel do devedor ou de terceiro, mas realizando-se essa transmissão de domínio sob condição de que o credor o restituísse quando a dívida fosse satisfeita.”²

Não obstante a importância assumida pela fidúcia germânica, cumpre atentar em especial na *fidúcia cum creditore*, de origem romana, porquanto foi a mesma que inspirou a alienação fiduciária em garantia.

De acordo com Santos Justo, “a fidúcia (*fiducia*) é um contrato em que uma pessoa (*fiduciante*), utilizando um negócio formal (*mancipatio* ou *in iure cessio*), transfere a propriedade duma *res* para outra pessoa (fiduciário) que se obriga a restituí-la depois de realizado o fim definido num acordo não formal designado *pactum fiduciae*.”³

¹ E já não, contrariamente ao entendimento de Menezes Cordeiro, ao mais antigo direito real de garantia. Cordeiro, 2014, p. 820. Como bem entende Hugo Alves, a fidúcia “não determinava o nascimento de qualquer tipo de direito real, (*ius in re aliena*), uma vez que o direito adquirido pelo credor era o direito de propriedade” (Alves, 2010, p. 35).

² Costa, 1994, pp. 765 e 766.

³ Justo, 2003, p. 38.

Através deste contrato, o credor (fiduciário) garantia o cumprimento da obrigação assumida pelo devedor (fiduciante), na medida em que, sendo pleno proprietário do bem, retiraria o poder de disposição ao devedor⁴⁵.

Acresce que, perante o incumprimento da obrigação principal pelo devedor, era conferida ao credor a faculdade de satisfazer o seu crédito, quer pela conservação do bem no seu património, quer pela sua alienação a terceiro, restituindo àquele, nesta última hipótese, o eventual excedente⁶⁷.

Também o fiduciante era digno de proteção, na eventualidade de cumprir a obrigação à qual se encontrava adstrito e o fiduciário obstar à retransmissão do bem. Nesta situação, poderia aquele lançar mão de uma *actio fiduciae* de caráter infamante ou, no caso de o bem dado em garantia se encontrar já na titularidade de terceiros – por força da sua transmissão pelo credor, em violação do *pactum* – emergiria na esfera jurídica do fiduciário o dever de reparar os danos causados.

Contudo, este instituto foi, paulatinamente, cedendo lugar a outras garantias, designadamente ao penhor e à hipoteca, até culminar no seu absoluto desuso durante vários séculos.

Hodiernamente, são muitas as semelhanças deste instituto com a alienação fiduciária em garantia. As necessidades sociais que o Direito visa acautelar originaram o seu ressurgimento, adaptado aos novos tempos.

2. Estrutura fiduciária

Carvalho Fernandes entende o negócio fiduciário como aquele “em que o fiduciante aliena ao fiduciário determinado direito, limitando, porém, o exercício dos correspondentes poderes em função de determinado fim que visa prosseguir.”⁸

Neste âmbito, a alienação fiduciária em garantia configura um negócio fiduciário, no qual se limita a utilização da propriedade a um fim de garantia de um crédito.

O elemento fiduciário assente neste negócio traduz-se, segundo Orlando de Carvalho, “no ‘poder de abuso’ derivado de ser a ‘fides’ um elemento metajurídico, ‘só de

⁵ O desapossamento do bem não era exigível para a constituição da garantia, podendo este manter-se na esfera jurídica do devedor, se assim o previsse o pacto. No entanto, dada a possibilidade de o fiduciante recuperar a propriedade do bem, através da *usureceptio ex fiduciae*, sempre seria conveniente, perante tal circunstancialismo, que as partes estabelecessem a sua detenção a título precário, preterindo a hipótese de o fiduciante usucapir.

⁶ Matta, 2007, p. 530.

⁷ Apenas na hipótese de alienação do bem a terceiro é que se impunha, por obediência a imperativos de justiça, a restituição do eventual remanescente ao devedor. Idêntico raciocínio não seria aplicável se o credor optasse, sem mais, pela conservação do bem no seu património (*lex commissória*).

⁸ Fernandes, 2004, p. 247.

leal comportamento do fiduciário, e não de rigorosos meios de coação legal' se esperar a plena obtenção do escopo prático.”^{9 10}

Alude-se comumente à desproporção entre o meio utilizado (a transmissão da propriedade) e o fim visado (a prestação da garantia de um crédito), na medida em que a transmissão da propriedade não é *conditio sine qua non*, em termos jurídicos, para a obtenção do crédito e subsequente garantia do mesmo.

Entende Diogo Campos que “para a obtenção do resultado em vista, foi escolhida uma forma jurídica que concede, em princípio, uma proteção do credor superior à necessária, permitindo abusos. O que integra o seu caráter fiduciário.”^{11 12}

Todavia, como bem alertam Maria João Tomé e Diogo Campos, “os efeitos reais do negócio, seriamente queridos pelas partes, correspondem plenamente à pretensão económica das mesmas que, de outro modo, na ausência deste particular mecanismo, não poderiam, em geral, atingir o resultado visado.”^{13 14}

Assim, no negócio fiduciário em garantia, o devedor prescinde da propriedade de um bem a favor de um credor, uma vez que tal garantia é indispensável para a obtenção de crédito nos termos pretendidos.

O pacto fiduciário limita, contudo, a sua utilização a um fim garantístico e estabelece a possibilidade de o devedor recuperar o bem, cumprindo a obrigação a que se encontra adstrito. Permite-se, então, a consecução do objetivo primordialmente delineado pelos contraentes – o estabelecimento de uma garantia – sem que este se traduza numa posição de supremacia injustificada do credor.

3. Caracterização geral

Na alienação fiduciária em garantia, “podemos distinguir dois elementos necessários, correspondentes à transmissão da propriedade (elemento estrutural) e à finalidade da garantia (elemento funcional ou teleológico), e um elemento eventual, que se traduz na obrigação de retransmissão.”¹⁵

Neste instituto, uma vez que a transmissão da propriedade tem em vista um propósito meramente garantístico, não é retirada ao devedor/fiduciante a disponibilidade material do bem¹⁶. Pode, então, ser estabelecida uma convenção

⁹ Carvalho, 1953, p. 105.

¹⁰ Em sentido semelhante, Grasseti, 1936, p. 355.

¹¹ D. Campos, 1998, p. 11.

¹² No mesmo sentido, P. Vasconcelos, 1995, p. 260.

¹³ Tomé & Campos, 1999, p. 200.

¹⁴ Semelhante entendimento é defendido, entre nós, por Januário Gomes (Gomes, 2000, p. 88). Na doutrina italiana, *vide* Grasseti, 1936, p. 355.

¹⁵ Pires, 2010, p. 100.

¹⁶ Sem prejuízo da possibilidade de convenção em contrário. Não parece, no entanto, que tal sirva os propósitos negociais visados pelas partes.

possessória entre as partes, designadamente o comodato ou a locação. Pode, ainda, ser constituído um direito de usufruto ou de uso a favor daquele¹⁷.

Quanto à transmissão da propriedade, diz-nos Catarina Pires que é necessariamente conformada por duas características fundamentais: precariedade e cariz nuclearmente limitado¹⁸.

A precariedade traduz-se no facto de a aquisição da propriedade pelo beneficiário da garantia não poder ter *a priori* carácter definitivo, já que “a satisfação da obrigação garantida implicará a retransmissão do bem ou do direito para a esfera jurídica do prestador da qual inicialmente proveio.”¹⁹

Fala-se a este propósito de uma propriedade temporária, cuja duração depende dos objetivos que presidiram à celebração do contrato^{20 21}.

Por sua vez, o cariz nuclearmente limitado é suscitado pela emergência do pacto fiduciário, no qual se encontra plasmado o “programa obrigacional que modela a relação entre as partes e que lhe inculca um carácter fiduciário”²².

Segundo Galvão Teles, a imagem sugestiva deste negócio assenta no facto de que “por um lado se transfere, positivamente, o direito, mas por outro se procura, negativamente, sujeitar a sua utilização a um limite.”²³

Apesar de o direito de propriedade do fiduciário ser um direito limitado a uma função de garantia do crédito, diferentemente de Gabriela Dias²⁴, pensamos que a sua propriedade é um direito pleno. Na verdade, a restrição ao direito – que consiste, precisamente, na sua limitação a um fim garantístico – assume um carácter meramente obrigacional, em cumprimento do disposto no art. 1306º.

A referida limitação, estabelecida pelo pacto fiduciário, incide sobre os poderes tendencialmente ilimitados que se encontrariam, de outro modo, ao dispor do proprietário do bem – o *ius fruendi*, *ius utendi* e *ius abutendi*²⁵.

¹⁷ A celebração das convenções em apreço revela-se, na prática, pouco expressiva. O que ocorre, comumente, é que nada se convencionou, mantendo-se o devedor em contacto direto com o bem.

¹⁸ Pires, 2010, pp. 91 e 92.

¹⁹ Pires, 2010, p. 91.

²⁰ Tomé & Campos, 1999, p. 240.

²¹ Embora não se possa afirmar, sem mais, que se trata de uma propriedade temporária, na medida em que não se encontra legalmente prevista, o facto é que a transferência da propriedade, plena e exclusiva, destina-se a manter-se na esfera jurídica do fiduciário temporariamente: enquanto o fiduciante não cumpre a obrigação a que se encontra adstrito. No entanto, não se pode olvidar a possibilidade de inadimplência do fiduciante, com a consequente consolidação da propriedade do bem transmitido em garantia no património do fiduciário. Neste prisma, posto que o referido carácter temporário do direito de propriedade se assume como uma característica meramente eventual (porquanto depende do cumprimento da obrigação garantida), este entendimento não viola o preceituado no art. 1307º, n.º 2 do CC.

²² Pires, 2010, pp. 91 e 92.

²³ Teles, 1965, p. 176.

²⁴ Neste particular, Gabriela Dias propugna que, contrariamente à propriedade reservada, que é uma propriedade plena, a propriedade do fiduciário “é sempre limitada pelo seu fim de garantia” (Dias, 2007, p. 444).

²⁵ Note-se que, tendo o pacto fiduciário eficácia meramente obrigacional, o credor a quem foi transmitido o bem em garantia pode dispor do seu direito de propriedade nos termos elencados. No entanto, uma vez que

Por seu turno, o devedor “adquire um direito (obligacional) à restituição da coisa, que se condicionará ao cumprimento da obrigação garantida subjacente”²⁶. Pode ainda ser aposta uma condição resolutiva ao negócio, através da qual, por efeito do cumprimento, o fiduciante readquirirá, *ipso iure*, a propriedade²⁷. A estipulação da condição permitirá, assim, conferir maior proteção ao fiduciante²⁸.

Segundo Galvão Teles, “a par dos contratos obrigacionais puros e dos contratos reais puros existem outros (...) que participam das características das duas modalidades.”²⁹

Parece-nos que a alienação fiduciária em garantia configura, precisamente, um desses contratos. Sem embargo de ter como efeito imediato a transmissão da propriedade do bem, impõe, de igual modo, uma obrigação ao fiduciário: uma utilização concreta da mesma.

A particularidade deste negócio consiste, segundo Roppo, “no facto de os efeitos reais e os efeitos obrigacionais produzidos terem (...) um mesmo objecto: a coisa que constitui objecto da transferência.”³⁰

Trata-se, portanto, de um negócio que desempenha uma função de crédito e garantia e que poderá ter um carácter mais ou menos fiduciário consoante o risco que, concretamente, se encontrar insito ao contrato celebrado³¹.

4. Conceito

São várias e conhecidas na realidade jurídica as dificuldades inerentes à conceptualização. Ainda assim, julga-se de relevo tentar extrair um conceito de alienação fiduciária em garantia que espelhe os seus elementos caracterizadores.

Menezes Leitão entende que a “alienação fiduciária em garantia consiste na situação que se verifica quando o devedor ou um terceiro procede à alienação de um bem para o credor, para garantia de cumprimento de uma obrigação, vinculando-se o credor a apenas utilizar esse bem para obter a realização do seu crédito, devendo o mesmo ser restituído ao alienante em caso de cumprimento da obrigação que serve de garantia.”³²

a posição do fiduciante não é desprovida de tutela jurídica, sempre poderá reagir contra o fiduciário, conforme veremos *infra*.

²⁶ Graça, 2010, p. 85.

²⁷ Em sentido contrário, José González considera não ser possível apor ao negócio uma condição resolutiva. González, 2012, p. 63. Não podemos, no entanto, concordar com este entendimento. Nada impede, à luz do direito vigente, a aposição desta cláusula acessória a um negócio de alienação, pelo que não se compreende o motivo de ser defensável que tal não possa suceder neste contrato.

²⁸ Neste sentido, Bottini & Lavarazzi, 2012, p. 243.

²⁹ Teles, 1982, p. 64.

³⁰ Roppo, 2004, p. 217.

³¹ O carácter fiduciário será tanto maior quanto menores forem os poderes atribuídos ao fiduciante, relativamente ao uso, fruição e possibilidade de recuperação do bem por si alienado.

³² Leitão, 2012, pp. 233 e 234.

Para Pestana de Vasconcelos, este negócio assenta na “transmissão plena de um direito a um sujeito, que este está obrigado a exercer de determinada forma e, posteriormente, verificando-se determinadas circunstâncias, a retransmitir.”³³

Segundo Catarina Pires, é o “negócio nos termos do qual um sujeito (prestador da garantia) transmite a outro (beneficiário da garantia) a titularidade de um bem ou de um direito, com a finalidade de garantia de um crédito, ficando o beneficiário da garantia obrigado, uma vez extinta esta finalidade, a retransmitir-lhe aquela mesma titularidade.”³⁴

Da análise das várias construções jurídicas, elencadas *supra*, poder-se-á definir a alienação fiduciária em garantia como o negócio atípico³⁵ através do qual o devedor transmite um bem ou um direito a um seu credor, em garantia do cumprimento de uma obrigação que contraiu perante este, ficando a sua utilização limitada a um fim garantístico e cujo adimplemento origina a obrigação de o restituir ou, ainda, a sua retransmissão *ipso iure*. Para tanto, o fiduciário reserva os poderes plenos atribuídos pela propriedade para a hipótese de consolidação da plena *potestas* na sua esfera jurídica no caso de incumprimento pelo fiduciante.

II. Admissibilidade à luz do Direito Português

1. Panorama jurídico

A alienação fiduciária assume-se, no nosso ordenamento jurídico, como uma *vexata quaestio*.

Durante muito tempo, foram diversas as vozes que se insurgiram contra a licitude deste negócio. Segundo Pestana de Vasconcelos, “o recurso a estes negócios fiduciários era, até há recentemente, pouco comum na prática comercial, não porque se não lhes reconhecessem vantagens (...) mas devido às sombras de ilicitude que pairavam sobre esta categoria negocial.”³⁶

Invocaram-se, pois, argumentos de diversa ordem. Disse-se, desde logo, que a causa fiduciária não seria reconhecida, de *iure constituto*, como causa de transmissão da propriedade. Afirmou-se, também, tratar-se de um negócio simulado. Referiu-se, depois, que o princípio do *numerus clausus* dos direitos reais impediria a limitação da propriedade a uma função garantística. Mencionou-se, igualmente, estar em causa a violação de uma norma legal imperativa, *maxime*, da proibição do pacto comissório. Falou-se ainda da atribuição de uma causa ilegítima de preferência.

³³ L. Vasconcelos, 2010, p. 511.

³⁴ Pires, 2010, p. 99.

³⁵ Por oposição aos contratos típicos, na medida em que não dispõe de uma disciplina legal que o regule. P. Vasconcelos, 1995, pp. 207 a 210.

³⁶ L. Vasconcelos, 2010, pp. 505 e 506.

Todavia, por imposição comunitária, o DL n.º 105/2004, de 08/05 – ao transpor a Diretiva n.º 2002/47/CE – consagrou a alienação fiduciária em garantia no âmbito dos contratos de garantia financeira, o que configurou um notável avanço na prática bancária e financeira. Já enquanto figura geral e autónoma (excetuando-se deste âmbito), não dispõe de consagração normativa.

A evolução doutrinal e jurisprudencial³⁷ revela uma tendência no sentido da sua admissibilidade, sobretudo a partir da transição do Código Civil de Seabra para o atual CC³⁸. O recurso à alienação fiduciária em garantia tem vindo a aumentar, com base no princípio da liberdade contratual³⁹ que permite às partes celebrar negócios atípicos⁴⁰.

Os argumentos *supra* enunciados continuam, porém, a merecer uma análise crítica, na medida em que poderão contender, em certa medida, com a sua consagração normativa.

2. Análise crítica dos argumentos desfavoráveis

Um dos argumentos desfavoráveis à admissibilidade deste negócio tem origem na tese de Beleza dos Santos, acérrimo defensor da incompatibilidade deste negócio com um sistema jurídico causal como o nosso. Na ótica deste autor, a natureza fiduciária do negócio resultaria na sua estrutura abstrata e, assim, inadmissível à luz do Direito Português⁴¹.

Defende esta doutrina que os negócios transmissores da propriedade têm de assentar numa causa legalmente prevista, o que naturalmente não sucede neste negócio. Diz-nos Margarida Andrade que “a lei liga a transferência da propriedade sobre uma coisa à recepção de uma quantia em dinheiro (na compra e venda), a uma vontade de beneficiar o adquirente (na doação) ou ao recebimento de uma outra coisa (na permuta).”⁴²

Beleza dos Santos entendeu que se verifica na alienação fiduciária em garantia – referindo-se, contudo, à venda em garantia⁴³ – “uma falta de coincidência entre o seu fim

³⁷ A título exemplificativo, *vide* o Ac. do STJ de 16-3-11.

³⁸ Fernandes, 2004, p. 259.

³⁹ Trata-se, como se sabe, de um princípio basilar do Direito Civil Português, com consagração normativa no artigo 405º CC.

⁴⁰ “É figura que, assim, de um modo geral, apenas pode fundar a sua existência, extensão e admissibilidade no princípio da liberdade contratual” (González, 2012, p. 54).

⁴¹ Santos, 1921, pp. 120 a 124.

⁴² Margarida Andrade, 2009, p. 71.

⁴³ Quanto à venda em garantia, José González alerta que corresponde à representação mais comum da alienação fiduciária em garantia, na qual “o devedor vende ao credor um bem que antes lhe pertencia mas este último não paga efectivamente o preço convencionado porque ele corresponde (efectivamente ou por declaração das partes) ao montante do crédito” (González, 2012, p. 57).

económico e a sua configuração jurídica”⁴⁴ que, por esse motivo, culminaria na nulidade do pacto fiduciário, que se repercutiria em todo o negócio⁴⁵.

Pais de Vasconcelos refere que “Tem razão o Professor Beleza dos Santos quando afirma que a venda em garantia não corresponde à causa (no sentido em que utiliza esta expressão) própria da compra e venda. Mas erra a julgá-la, por isso, inadmissível no nosso sistema. Deveria ter concluído, sim, que se não trata de uma compra e venda, mas de outro negócio”⁴⁶.

Prevê o art. 874º que “compra e venda é o contrato pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa ou outro direito, mediante um preço.”

A obrigação de pagamento do preço é, então, um elemento essencial do contrato de compra e venda. Se as partes estipularem “uma obrigação cujo objeto seja um *dare* de coisa diferente de dinheiro ou um *facere*, poderá haver outro contrato, típico ou atípico, mas não haverá compra e venda.”⁴⁷

Assim, se as partes celebrarem um contrato e o designarem por compra e venda, na eventualidade de não resultar do mesmo a obrigação de pagamento do preço, estaremos, indiscutivelmente, perante um contrato de alienação na medida em que procede a transferência da propriedade de um bem, mas já não de um contrato de compra e venda⁴⁸.

A alienação fiduciária em garantia configura um negócio atípico com uma causa jurídica igualmente atípica, mas não por isso menos válida. À luz do direito constituído, a existência de causas típicas de transmissão não implica que todo e qualquer negócio de transmissão tenha que as comportar, sob pena de invalidade. Isto será assim uma vez que inexiste, no nosso ordenamento jurídico, um *numerus clausus* de tipos negociais ou causas negociais⁴⁹.

Para Ferreira de Almeida – na esteira de Carvalho Fernandes⁵⁰ –, não só não falta à alienação fiduciária em garantia uma causa de transmissão, como, do mesmo modo, não se colocam óbices ao seu reconhecimento jurídico, na medida em que “é a garantia, e não a fidúcia, que serve como função económico-social do contrato.”⁵¹

Segundo Galvão Teles, a causa negocial nos contratos fiduciários é uma causa *fiduciae*, entendida como “finalidade económico-jurídica informadora de certa modalidade contratual.”⁵²

⁴⁴ Santos, 1921, p. 136.

⁴⁵ Santos, 1921, p. 124.

⁴⁶ P. Vasconcelos, 1985, p. 54.

⁴⁷ Ventura, 1987, pp. 606 e 607.

⁴⁸ O que não obsta à eventual aplicação dos preceitos da compra e venda ao negócio concretamente celebrado, nos termos do art. 939º.

⁴⁹ P. Vasconcelos, 1985, p. 55.

⁵⁰ Fernandes, 2004, p. 252.

⁵¹ Almeida, 2011, p. 312.

⁵² Teles, 1965, p. 184.

Na nossa opinião, uma vez que a transferência da propriedade tem em vista assumir a função garantística de um crédito, será a garantia e não a fidúcia o fim último do contrato celebrado. A fidúcia surge enquanto motivo suficiente para a transmissão, mas já não como causa da alienação.

A transferência da titularidade do bem do fiduciante para o fiduciário tem escopo de garantia, e a garantia, em si mesma, é razão de ser suficiente, surgindo como uma causa económico-social, lícita e idónea para a transmissão.

Há outrossim quem entenda que subjaz à alienação em garantia uma simulação. As partes, ao celebrar o negócio, não pretenderiam a transmissão da propriedade, mas apenas a constituição de uma garantia a favor do credor⁵³.

Seria esta a posição de Manuel de Andrade ao afirmar que, “quanto à transmissão fiduciária com escopo de administração ou alienação (...) o tratamento próprio da simulação é bastante.”⁵⁴

Também Galvão Teles não afasta a possibilidade de simulação no caso de bens imobiliários, cuja alienação impõe a observância de escritura pública. Este autor afirmou ser frequente, “querendo fazer-se uma alienação fiduciária, indicar-se outra causa, puramente fictícia ou simulada.”⁵⁵

Em sentido contrário, Beleza dos Santos concluiu que nos atos fiduciários “não existe, ao contrário do que se dá nos segundos [negócios simulados], uma divergência entre a vontade real e [a] declarada com o intuito de enganar terceiros. A vontade manifesta-se neles tal qual é: quer-se realizar a transmissão de um direito real ou de um crédito, mas que o adquirente não use do direito transmitido, senão para um certo fim.”⁵⁶

José Gonzalez entende que, contrariamente ao que se verifica no negócio simulado, “neste, a eficácia derivada do negócio celebrado é pretendida, mas, por causa da cláusula fiduciária, pressupõe-se (espera-se) que o fiduciário não exerça, ao menos, uma parcela dos poderes que o fiduciante lhe concedeu através daquele.”⁵⁷

Já Pais de Vasconcelos afirma que uma interpretação do negócio que tenha em consideração “a intenção íntima interior psicológica”⁵⁸, enquanto vontade negocial das partes, concluirá pela inexistência de “qualquer divergência entre a vontade real e a vontade declarada.”⁵⁹

Quanto a nós, não restam dúvidas de que o alienante pretende de facto transmitir a propriedade, ainda que com as restrições estabelecidas no *pactum*, pelo que o

⁵³ São requisitos da simulação a divergência entre a vontade real e a vontade declarada, o conluio entre declarante e declaratário e o intuito de enganar terceiros (art. 240º n.º 1).

⁵⁴ Manuel de Andrade, 1992, pp. 178 e 179.

⁵⁵ Teles, 1965, p. 183.

⁵⁶ Santos, 1921, p. 144.

⁵⁷ González, 2012, p. 121.

⁵⁸ P. Vasconcelos, 1985, p. 65.

⁵⁹ P. Vasconcelos, 1985, p. 66.

pressuposto primordial da simulação – a divergência entre a vontade real e a vontade declarada – não se verifica.

Ainda que as partes celebrem um contrato que, incorretamente, denominem como compra e venda – quando na verdade visam antes o escopo garantístico da alienação –, não parece ter êxito a tese da simulação, na medida em que, vertendo no pacto fiduciário as limitações pretendidas, afigura-se inegável que a vontade real das partes se encontra declarada. Parece que o problema reside antes na errada subsunção do negócio celebrado ao tipo contratual indicado pelas partes. Numa palavra: de qualificação jurídica – que, como se sabe, não vincula o intérprete^{60 61}.

Do exposto não resulta o afastamento da possibilidade de o negócio poder ser, no caso concreto, simulado. É, todavia, um risco que se verifica em todo e qualquer negócio jurídico e não uma característica do contrato de alienação fiduciária em garantia.

Quanto ao princípio do *numerus clausus*, entende Carvalho Fernandes ser “o mais sério obstáculo à consagração dos negócios fiduciários”⁶².

De acordo com o art. 1306º, “não é permitida a constituição, com caráter real, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos na lei; toda a restrição resultante de negócio jurídico, que não esteja nestas condições, tem caráter obrigacional.”

Segundo José Vieira “os particulares não são admitidos a criar as figuras com natureza real que lhes aprouver, vendo a sua autonomia privada restringida à possibilidade de escolha dos direitos reais previstos na lei”⁶³.

Neste sentido, Pires Lima e Antunes Varela ensinam que “o negócio de constituição de um direito real não previsto na lei é pois, nulo se dele resultar um parcelamento da propriedade, e produz efeitos obrigacionais, se dele nascer uma pura restrição obrigacional.”⁶⁴

Na alienação fiduciária em garantia, não subsiste qualquer limitação, de caráter real, ao direito de propriedade transmitido ao credor. A sua posição será a de “um verdadeiro proprietário pleno, vinculado apenas obrigacionalmente pelo ‘pactum fiduciae’.”^{65 66}

⁶⁰ De facto, “a qualificação de um contrato não depende tanto do *nomen iuris* com que as partes o baptizaram, no momento da celebração” (Marques, 2001, p. 580).

⁶¹ Por seu turno, se o pacto fiduciário for oculto (designadamente por ter sido celebrado verbalmente), pese embora não seja possível vislumbrar a finalidade de garantia da alienação, não se poderá ainda assim dizer que estamos perante um negócio simulado, porquanto não se encontram preenchidos os requisitos do art. 240º.

⁶² Fernandes, 2004, p. 268.

⁶³ Vieira, 2008, p. 206.

⁶⁴ Lima & Varela, 1984, p. 95.

⁶⁵ P. Vasconcelos, 1995, p. 276.

⁶⁶ Em sentido contrário, considerando que a posição do fiduciário não pode ter natureza real, *vide* Cordeiro, 2014, p. 820.

Apenas se poderia considerar estar perante um negócio celebrado em violação do princípio do *numerus clausus* no caso de o *pactum fiduciae* estabelecer uma restrição oponível *erga omnes*, o que não se verifica. Segundo Ferreira de Almeida, “o argumento não é decisivo se o direito real for a propriedade, mas as restrições a que o contrato lhe imprime tiverem apenas natureza obrigacional.”⁶⁷

Afigura-se ainda relevante levar em linha de conta outras figuras em que a propriedade assume função de garantia, como a venda com reserva de propriedade (art. 409º). Também aqui se verifica a limitação dos poderes do proprietário⁶⁸. Por identidade de razão, não se veem motivos para que na alienação fiduciária em garantia tal limitação não seja admissível, lícita e válida.

Diferentemente do que se encontra plasmado no Preâmbulo do DL 105/2004, de 08/05, pensamos que a consagração legal da alienação fiduciária em garantia no âmbito dos contratos de garantia financeira não configura um alargamento ao princípio do *numerus clausus*. O facto de o contrato de alienação em garantia ser, como é referido, “uma nova forma de transmissão da propriedade” não colide com aquele princípio, uma vez que não vigora, no nosso sistema jurídico, qualquer taxatividade do *modus* de transmissão dos direitos reais⁶⁹.

Segundo Antunes Varela⁷⁰, o princípio da tipicidade dos direitos reais implica que só valham como direitos reais aqueles que se encontram catalogados na lei, nos precisos termos aí previstos.

O mesmo princípio não se estende aos tipos contratuais aptos a produzir esse efeito constitutivo ou translativo, que são antes regidos pelo princípio da atipicidade, como aliás resulta do art. 408º⁷¹. Ao abrigo do princípio da autonomia privada⁷², qualquer contrato é suscetível de constituir, modificar ou extinguir direitos reais⁷³.

Não será então de acolher este argumento, porquanto não se verifica qualquer violação ao art. 1306º. Assim, “a tipicidade dos direitos reais não impede a validade e a eficácia dos contratos fiduciários.”⁷⁴

⁶⁷ Almeida, 2011, p. 313.

⁶⁸ Conforme entendeu o STJ, no Ac. de 30-9-2014, na reserva de propriedade, “apesar da designação de ‘propriedade’, não confere ao titular o poder de uso, fruição ou disposição de um verdadeiro proprietário, visando antes assegurar ao vendedor o pagamento do preço.”

⁶⁹ Neste sentido *vide* P. Vasconcelos, 1995, p. 274; Ascensão, 1968, p. 168; Matta, 2007, p. 544; e L. Vasconcelos, 2010, p. 531.

⁷⁰ Varela, 2003, pp. 186 e 187.

⁷¹ “Não sendo típicos os negócios reais, nada impede a criação de um negócio atípico e inominado de transmissão de propriedade” (P. Vasconcelos, 1985, p. 38).

⁷² Entendida como o “poder que os particulares têm de fixar, por si próprios, a disciplina juridicamente vinculativa dos seus interesses” (Varela, 2003, pp. 231 e 232).

⁷³ Graça, 2010, p. 80.

⁷⁴ P. Vasconcelos, 1995, p. 276.

Alguns autores – designadamente Galvão Teles⁷⁵ – consideram ainda que a alienação fiduciária em garantia traduz uma fraude à lei, por pretender um resultado que é vedado pelo direito vigente.

Neste âmbito, Menezes Cordeiro entende que este negócio “pode suscitar problemas de nulidade, por contundir com a proibição dos pactos comissórios⁷⁶.

O pacto comissório é a convenção através da qual o credor, perante o incumprimento do devedor, se pode apropriar do bem dado em garantia como forma de satisfação do seu crédito⁷⁷.

Como defende Gabriela Dias⁷⁸ – acompanhando a doutrina maioritária –, embora a proibição de o credor fazer sua a coisa dada em garantia apenas se encontre expressamente prevista no âmbito das garantias reais⁷⁹, não é uma realidade que se restrinja a este plano limitado⁸⁰.

A extensão da proibição do pacto comissório abrange, de igual modo, o pacto comissório autónomo⁸¹, assim designado por não se encontrar ligado a uma garantia real.

A teleologia da proibição é, nas palavras de Januário Gomes, “plúrima e complexa”⁸². Assenta, entre outros motivos, em evitar o locupletamento injustificado do credor à custa do devedor⁸³, pelo que a *ratio* da proibição se verifica.

A proibição do pacto comissório é um princípio geral do ordenamento jurídico, daí que se deva aplicar a figuras para as quais não se encontre expressamente prevista, através da analogia *iuris*.

Também o facto de na alienação fiduciária em garantia – contrariamente ao pacto comissório – a propriedade ser transmitida *ab initio* ao credor não afasta a aplicação da proibição, já que o momento temporal em que tal sucede não é determinante^{84 85}.

Nesta medida, Calvão da Silva⁸⁶ sufragou o entendimento de que a alienação fiduciária em garantia não é válida, pois defrauda a proibição do pacto comissório. No

⁷⁵ Teles, 1965, p. 194.

⁷⁶ Cordeiro, 2014, p. 820.

⁷⁷ Matos, 2006, p. 26.

⁷⁸ Dias, 2007, p. 438.

⁷⁹ O art. 694º, sob a epígrafe “Pacto comissório”, previsto no âmbito da hipoteca, aplica-se aos privilégios creditórios e ao penhor, por força dos arts. 753º e 678º.

⁸⁰ A mesma posição é seguida por Scozzafava, ancorado na doutrina de Pugliatti (Scozzafava, 2006, p. 18).

⁸¹ Gomes, 2000, pp. 94 e 95. Na doutrina italiana, *vide* Pompeo, 2010, p. 135.

⁸² Gomes, 2000, p. 94.

⁸³ Fernandes, 2004, p. 271.

⁸⁴ Neste sentido, Gomes, 2004, pp. 69 e 70. Importa referir, de igual modo, o pacto comissório *ex intervallo*, celebrado após o nascimento do crédito que se visa garantir (Gomes, 2004, p. 71).

⁸⁵ Dever-se-á aferir a aplicabilidade da proibição através de um critério funcional: sempre que se pretenda constituir a garantia de um crédito.

⁸⁶ Silva, 2000, p. 91.

entanto, posteriormente reconheceu a validade do pacto marciano “a fim de evitar uma vantagem injustificada para o credor”^{87 88}.

Como entende Isabel Matos, “salvaguardada a apontada equivalência entre o valor do bem alienado e o quantum do débito, nenhum obstáculo haverá à admissibilidade da alienação em garantia”⁸⁹. Também Margarida Andrade apela à necessidade de “controlo de proporcionalidade entre o valor objecto da garantia e o valor da dívida garantida.”⁹⁰

Assim, de modo semelhante ao que se verifica no âmbito dos acordos de garantia financeira, deve garantir-se uma justa avaliação do bem⁹¹, que permitirá o reequilíbrio do sinalagma negocial⁹² – e proceder à eventual restituição do excedente entre a quantia mutuada e o valor do bem dado em garantia. Nisto consiste o pacto marciano⁹³.

Nas palavras de Júlio Gomes, “é imperativo, para que se trate de um pacto marciano, que este preveja um mecanismo neutro e objectivo de avaliação do valor do bem no momento do incumprimento, o qual consistirá na nomeação de comum acordo de um terceiro como avaliador”⁹⁴, pelo que apenas nestes termos escapará o negócio ao âmbito da proibição imperativamente estabelecida⁹⁵.

Não merece então reparo Pais de Vasconcelos ao afirmar que, “se é verdade que o intuito de defraudar a proibição do pacto comissório pode ocorrer, também pode ser que não ocorra”⁹⁶, impondo-se uma análise casuística, e já não a consideração *a priori* de que se trata de um negócio inválido.

Quanto ao argumento da atribuição de uma causa ilegítima de preferência, entende Ferreira de Almeida que a lei “circunscreve as causas legítimas de preferência àquelas que a mesma lei prevê e, entre elas, não consta o direito de propriedade, enquanto direito real de garantia.”⁹⁷

Para esta doutrina, a transmissão da propriedade de um bem para um credor como garantia de um crédito será lesiva para os restantes credores, originando, de acordo com Januário Gomes, a “institucionalização de ‘castas’ entre os credores, fora das vias transparentes e objetivas que justificam as excepções ao princípio *par conditio creditorum*.”⁹⁸

⁸⁷ Silva, 2013, p. 238.

⁸⁸ Em sentido contrário, Vaz Serra defendeu que a proibição legal deve ser extensível às situações em que o credor se obriga a entregar o excedente resultante da diferença entre o valor da coisa e o valor do crédito, tendo sido esta a posição consagrada no art. 223.º, n.º 4 do Anteprojeto, em 1960 (Serra, 1960, p. 82).

⁸⁹ Matos, 2006, p. 193.

⁹⁰ Margarida Andrade, 2009, p. 71.

⁹¹ Discordamos, assim, do preceituado pelo legislador no preâmbulo do DL 105/2004, que considera existir neste diploma a aceitação do pacto comissório.

⁹² Marques, 2001, pp. 607 e 608.

⁹³ Na doutrina italiana, *vide* Pompeo, 2010, p. 135.

⁹⁴ Gomes, 2008, p. 71.

⁹⁵ No mesmo sentido, Fernandes, 2004, p. 271.

⁹⁶ P. Vasconcelos, 1985, p. 67.

⁹⁷ Almeida, 2011, p. 314.

⁹⁸ Gomes, 2000, p. 94.

Este argumento não é, à semelhança dos restantes, imune a críticas. Com efeito, não parece que por causas legítimas se deva entender causas legais, “mas antes causas cuja admissibilidade não seja contrariada por norma imperativa do sistema jurídico.”⁹⁹

Assim, sendo certo que o direito de propriedade não é um direito real de garantia, menos certa não será a admissibilidade da sua utilização, precisamente, com função de garantia, na medida em que não se vislumbra no seio do direito vigente qualquer disposição normativa em sentido contrário.

Ademais, não se poderá considerar que os restantes credores do fiduciante são lesados, de modo irreversível, com a alienação em garantia de um determinado bem daquele, na medida em que a lei tutela a sua posição nos termos gerais.

No domínio insolvencial, mediante o recurso à interpretação extensiva do art. 121º do CIRE, o administrador da insolvência poderá resolver o negócio de garantia em benefício da massa¹⁰⁰.

Se a *ratio* desta disposição visa impedir a atribuição de um benefício a um credor em detrimento dos restantes, naquele lapso temporal anterior ao início do processo de insolvência, mediante a constituição de uma garantia real, “por maioria de razão, o mesmo se dirá daquelas garantias que concedam ao credor um tratamento ainda mais favorável do que aquele que resulta do funcionamento da modalidade de garantia a que a letra da lei se refere.”¹⁰¹

Acresce ainda, fora do âmbito do processo de insolvência, a possibilidade de recurso à ação de impugnação pauliana, prevista nos art. 610º e ss.

Esta posição era já defendida por Vaz Serra, que entendia que, “se com o negócio fiduciário, se lesam os interesses dos credores do fiduciante, poderão estes (...) lançar mão da impugnação pauliana.”¹⁰²

Conforme dispôs João Mariano, “constituindo os valores ativos penhoráveis do património do devedor a garantia geral do cumprimento das obrigações por ele assumidas (...) qualquer acto que enfraqueça essa garantia pode ser atacado pelos credores comuns, desde que se verifiquem os requisitos de exercício da impugnação pauliana, estabelecidos nos arts. 610.º a 613.º do C.C.”¹⁰³

A alienação do bem poderá então ser impugnada judicialmente e, caso seja julgada procedente, o bem restituído ao credor que a intentou, na medida do seu interesse (art. 616º).

⁹⁹ Pires, 2010, p. 217.

¹⁰⁰ Não sendo exigida a má-fé do terceiro adquirente. Fernandes & Labareda, 2005, p. 437.

¹⁰¹ Vasconcelos, 2010, p. 519.

¹⁰² Serra, 1955, p. 174.

¹⁰³ Mariano, 2004, p. 97.

Mais se diz que as próprias garantias reais nem sempre constituem vias transparentes e objetivas de atribuição de causas legítimas de preferência, pelo que também este argumento não poderá implicar a inadmissibilidade da alienação em garantia, destacando-se, neste âmbito, os privilégios creditórios.

Como bem ensina Miguel Pires, uma vez que “em caso algum se condiciona a validade ou eficácia do privilégio a qualquer formalidade, (...) pode gerar sérios inconvenientes a nível da falta de publicidade, com natural prejuízo para os demais credores, surgindo os privilégios como garantias ocultas.”¹⁰⁴

Esta característica especial dos privilégios, bem como a sobreposição dos mesmos a favor do Estado e outras entidades públicas¹⁰⁵, cria enormes inconvenientes para a segurança do comércio jurídico. Do mesmo modo, faz com que terceiros de boa-fé vejam “defraudadas as suas legítimas expectativas em face daqueles credores que aproveitam uma garantia incapaz de assegurar um mínimo de publicidade sobre a sua existência.”¹⁰⁶

Contrariamente, na alienação fiduciária em garantia, a aludida falta de transparência poderá não se verificar, em virtude da necessidade de sujeição do pacto fiduciário a requisitos de forma, como melhor veremos *infra*.

Ora, uma vez realizada a desconstrução da base argumentativa contrária à admissibilidade da alienação fiduciária em garantia no seio do nosso ordenamento jurídico, concluímos que não parecem subsistir hodiernamente reservas à sua admissibilidade enquanto instituto jurídico autónomo¹⁰⁷.

Ao exposto acresce o facto de serem admissíveis, à luz do direito vigente, múltiplos institutos que comportam uma alienação com fim de garantia. Pense-se, a este próprio, no contrato de reporte¹⁰⁸ e na cessão de bens aos credores¹⁰⁹.

Neste sentido, advoga Pais de Vasconcelos que, “na apreciação da licitude, os contratos fiduciários não divergem dos demais, e o que está em questão é a apreciação do conteúdo e do fim do contrato perante os critérios axiológicos do sistema.”¹¹⁰

Pese embora a estrutura fiduciária do negócio seja suscetível de permitir abusos, como bem entendeu Vaz Serra, “havendo meios de reagir contra esses abusos, não parece que deva afastar-se, de uma maneira geral, o negócio fiduciário.”¹¹¹

¹⁰⁴ Pires, 2004, p. 87.

¹⁰⁵ Alves, 2010, p. 22.

¹⁰⁶ Ferreira, 2016, p. 40.

¹⁰⁷ Como tem vindo a considerar a doutrina e jurisprudência dominante.

¹⁰⁸ É uma modalidade do contrato de alienação fiduciária em garantia regulado no âmbito do C.Com., “que tem como conteúdo uma venda de títulos de crédito negociáveis acompanhada por uma revenda simultânea entre os mesmos sujeitos.” (L. Vasconcelos, 2007, p. 241). A sua função mais relevante é de crédito e garantia.

¹⁰⁹ É uma “garantia especial, conseguida através da transmissão, para os credores garantidos das faculdades de administração e de disposição de certos bens, com fins de ressarcimento” (Cordeiro, 2010, p. 541).

¹¹⁰ P. Vasconcelos, 1995, pp. 279 e 280.

¹¹¹ Serra, 1955, p. 174.

Ainda assim, seria imponderado concluir que este negócio, cuja regulamentação jurídica se circunscreve aos contratos de garantia financeira, não é merecedor de especiais cautelas, tendo em consideração a função social típica que desempenha.

Impõe-se, por isso, atentar em determinados aspetos que, na nossa perspetiva, assumem particular relevância.

III. Âmbito negocial e posição dos contraentes

1. O âmbito do negócio

No que concerne ao âmbito do negócio em causa, cumpre atentar que subjaz à alienação uma obrigação principal que visa garantir. Nestes termos, verifica-se a coexistência de duas relações jurídicas distintas: uma com escopo de financiamento (*maxime*, um mútuo), outra com causa de garantia (que importa a transmissão da propriedade para o credor).

A transmissão da propriedade, tendo em vista garantir o cumprimento de uma obrigação que é extrínseca ao próprio negócio de alienação, permite identificar uma relação jurídica distinta da mesma.

Embora se encontrem funcionalmente relacionadas pelo pacto fiduciário, que assume “a forma de um acordo externo que une a relação obrigacional garantida e a obrigação de garantia”¹¹², a relação de garantia e a relação garantida não se confundem.

1.1. A relação de garantia

1.1.1. Aspetos formais

Quanto à estrutura negocial, diz-nos Catarina Pires que no âmbito de um “figurino ideal, a alienação em garantia deverá constar de um único acordo.”¹¹³

O negócio de alienação e o pacto fiduciário não devem encontrar-se dissociados. A fragmentação formal deste negócio – que, conceptualmente, será sempre unitário¹¹⁴ –, pela sua atipicidade, dificulta a realização do trabalho do intérprete relativamente à aferição da causa do negócio concretamente celebrado, podendo originar soluções não desejadas pelas partes¹¹⁵.

¹¹² Pires, 2010, pp. 301 e 302.

¹¹³ Pires, 2010, p. 97.

¹¹⁴ Afastamo-nos assim da conceção dualista da fidúcia, entendida através de “conceções atomistas que separem como autónomos o negócio típico escolhido como instrumento [*maxime* um contrato de compra e venda] e o negócio de adequação [concretizado através do pacto fiduciário]” (P. Vasconcelos, 1985, p. 38). Esta deverá ser negada e o negócio concebido como “um acto unitário, embora de conteúdo complexo” (Fernandes, 2004, p. 251).

¹¹⁵ Os negócios atípicos deverão ser suficientemente claros para, aquando do necessário juízo de mérito dos mesmos, não restarem dúvidas ao intérprete quanto aos seus contornos e licitude.

Em virtude de estarmos perante uma garantia mobiliária¹¹⁶ atípica, torna-se ainda necessário, a nosso ver, o estabelecimento de requisitos quanto à forma negocial.

Nos bens móveis, inexistindo o requisito de desapossamento, a segurança jurídica não se compadece com um mero acordo verbal, na medida em que potenciais credores desconhecem que o sujeito transferiu a propriedade do bem e que a mesma se encontra funcionalizada a um propósito garantístico.

Assim, pese embora a lei, naturalmente, não faça depender a validade deste negócio jurídico da observância de forma especial – uma vez que estamos perante um contrato atípico –, parece-nos mais adequado que, dada a sua função social típica, seja estabelecida a necessidade de forma escrita enquanto requisito de validade negocial¹¹⁷.

No que respeita aos bens imóveis, a questão assume contornos mais complexos, especialmente pelo valor patrimonial e utilidade que estes assumem socialmente, espelhada na necessidade de serem transmitidos por documento autêntico ou particular autenticado.

Apesar de as exigências de forma terem um carácter excecional (art. 219º), uma vez que o pacto fiduciário configura um elemento – estrutural – do negócio de alienação, surge como efeito natural que lhe seja extensível a necessidade de observância de forma especial¹¹⁸.

O pacto fiduciário não é autónomo relativamente à transmissão de propriedade, pelo que, atendendo à necessidade de segurança, afigura-se adequado que este siga a forma do negócio principal e, assim, se encontre refletido no documento que lhe serviu de base, designadamente a escritura pública¹¹⁹.

No mesmo sentido decidiu, aliás, o STJ: não pode o contrato ser considerado como negócio fiduciário de garantia uma vez que não consta da escritura pública de compra e venda do prédio qualquer declaração fiduciária e a mesma é insuscetível de prova testemunhal¹²⁰.

O mesmo se diga no caso de ser aposta uma cláusula resolutiva ao negócio. Neste âmbito, conforme entendeu o mesmo Tribunal, a razão determinante da forma legal do negócio estende-se à mesma¹²¹.

¹¹⁶ Assim entendidas como as garantias em que se verifica a afetação de um bem à garantia de um crédito.

¹¹⁷ Contrariamente, Catarina Pires entende que o acordo poderá ser verbal, tratando-se de coisas móveis ou créditos. Pires, 2010 p. 97.

¹¹⁸ Em sentido contrário, admitindo o pacto fiduciário tácito, vide Ac. TRP de 5/2/2013.

¹¹⁹ Neste âmbito, pese embora o *pactum fiduciae* não tenha eficácia *erga omnes*, “beneficia da publicidade registral de modo indireto, uma vez que a publicidade tabular acaba por alcançar toda a escritura e, com ela, também o pacto obrigacional” (Vasconcelos, 1985, p. 276).

¹²⁰ Ac. do STJ de 11-5-2006. Em sentido distinto, admitindo a validade do pacto verbal ou escrito, mas não refletido na escritura pública, vide Pires, 2010, p. 98.

¹²¹ Ac. do STJ de 16-03-2011.

Atendendo à necessidade de tutela do tráfego jurídico, a existência da limitação obrigacional estabelecida no pacto fiduciário¹²² e a validade da cláusula resolutiva deverão depender da observância de forma escrita, no caso de bens móveis, e de escritura pública ou documento particular autenticado, na hipótese bens imóveis¹²³.

1.1.2. Estipulação

No que respeita à estipulação da alienação fiduciária em garantia, nada impede que a mesma seja prevista quer no próprio contrato de que resulta a obrigação garantida, quer num negócio autónomo.

Assim, no primeiro caso, um único documento verte o conteúdo de ambos os contratos: do mútuo e da alienação fiduciária em garantia. No segundo caso, o último contrato consta de instrumento autónomo, que pode ser contemporâneo ou posterior ao primeiro contrato. Nesta última hipótese, é precisamente em razão do contrato de financiamento que surge a obrigação de celebrar o de alienação fiduciária em garantia.

Quanto ao momento de estipulação, segundo Catarina Pires, na “alienação em garantia, a relação obrigacional pré-existente é um pressuposto da função jurídica de garantia do negócio translativo.”¹²⁴ Do exposto parece resultar que, de acordo com a autora, não se tratará de um negócio de alienação com função garantística se a relação obrigacional não for anterior ao momento translativo da propriedade.

Todavia, não julgamos que tal conclusão se imponha dogmaticamente. Sendo inegável que, via de regra, a relação creditícia que se visa garantir é anterior ou contemporânea da transmissão da *potestas*, nada parece impedir que a constituição da relação obrigacional ocorra num momento temporalmente demarcado e posterior à verificação da alienação, tendo em vista garantir uma obrigação que ainda não surgiu na esfera jurídica do devedor. Numa palavra: uma obrigação futura¹²⁵.

Previendo o sujeito a necessidade de financiamento, parece ser-lhe permitido celebrar, *ex ante*, um negócio de alienação em garantia que tenha em vista, precisamente, o cumprimento fiel e pontual do contrato a celebrar, desde que o seu objeto seja determinável nos termos do art. 280º.

¹²² É indubitável a importância do pacto fiduciário na alienação fiduciária em garantia. Sem este, não será possível a demarcação entre a transmissão da propriedade sobre uma coisa, funcionalizada a uma finalidade garantística – e assim ao estabelecimento dos deveres fiduciários que deste decorrem – da mera transferência da titularidade de um bem, sem que desta decorram quaisquer limitações obrigacionais e a imposição de deveres fiduciários.

¹²³ Até porque, de contrário, a dificuldade probatória será de tal modo elevada que poderá redundar na convicção da sua inexistência, independentemente de eventuais considerações sobre a validade do pacto.

¹²⁴ Pires, 2010, p. 301.

¹²⁵ Em sentido semelhante ao que se poderá verificar no âmbito do regime jurídico da hipoteca (art. 686º n.º 2).

2. Natureza jurídica

A generalidade das garantias previstas no nosso ordenamento jurídico – pessoais ou reais – caracterizam-se pela acessoriedade, encontrando-se ligadas à relação jurídica que visam garantir¹²⁶.

No entanto, é também reconhecida a admissibilidade da garantia autónoma. Trata-se de uma “garantia desligada do crédito, que não tendo por referência um débito, subsistia independentemente das vicissitudes deste, conferindo maior solidez ao credor.”¹²⁷

Afigura-se relevante determinar – tendo por base as distintas consequências jurídicas que lhe estão associadas – a natureza jurídica desta figura, mais concretamente se se trata de uma garantia acessória ou de uma garantia autónoma.

Para Catarina Pires¹²⁸, a alienação fiduciária em garantia deverá ser qualificada como uma garantia real autónoma. Por um lado, porque resulta do negócio fiduciário – e não da lei – a imposição de uma ligação funcional entre a obrigação garantida e a garantia e, por outro lado, porque é a própria causa de garantia que explica as limitações de carácter obrigacional da propriedade transmitida e a imposição de deveres fiduciários ao beneficiário da garantia.

No mesmo sentido, Menezes Leitão entende que a “alienação fiduciária em garantia se caracteriza por ser uma garantia não acessória da obrigação principal.”¹²⁹

De acordo com os autores suprarreferidos – acompanhados por Diogo Graça¹³⁰ –, apenas mediante uma convenção expressa nesse sentido é que a garantia seria considerada acessória.

A concordância com este entendimento importa a conclusão de que as vicissitudes da obrigação garantida não se repercutem na obrigação de garantia. A ser assim, “o beneficiário da garantia adquire e conserva a sua propriedade, mesmo que a obrigação principal não se venha a constituir validamente ou se extinga”¹³¹, pelo que o fiduciante apenas poderá defender a sua posição jurídica com recurso à responsabilidade civil e, em última *ratio*, ao enriquecimento sem causa.

Pestana de Vasconcelos, discordando deste entendimento, sustenta, a propósito da cessão de créditos em garantia¹³², que “esta modalidade de cessão constitui uma garantia acessória, embora com diversas particularidades.”¹³³

¹²⁶ I. Campos, 2009, p. 39.

¹²⁷ Martinez & Ponte, 2006, p. 127.

¹²⁸ Pires, 2010, p. 306.

¹²⁹ Leitão, 2012 p. 238.

¹³⁰ Graça, 2010, p. 88.

¹³¹ Leitão, 2012, p. 238.

¹³² Por identidade de razão, tal raciocínio aplicar-se-á à alienação fiduciária em garantia.

¹³³ L. Vasconcelos, 2007, p. 596.

Na nossa perspectiva, não será possível extrair, da mera análise das características deste instituto, traços que permitam reconduzi-lo, de forma estanque, à sua categorização enquanto garantia acessória ou garantia autónoma.

Uma vez que por mero efeito do cumprimento a propriedade não é retransmitida *ipso iure* ao fiduciante, não se dirá sem mais que se trata de uma garantia acessória. Por outro lado, se não se concebe que a propriedade seja entendida meramente como acessória de um crédito¹³⁴, também não é líquido que se possa firmar pela sua total autonomia relativamente à relação obrigacional que lhe deu causa.

Ainda assim, parece-nos que a estrutura fiduciária da garantia não se deverá coadunar com as consequências inerentes às garantias autónomas, sob pena de o recurso a este instituto implicar um risco desmedido para o fiduciante, que poderá ver a propriedade do bem que apenas transmitiu como garantia de um crédito consolidar-se na esfera jurídica do fiduciário ainda que a obrigação garantida não exista.

Mais se diz que uma vez que as partes, ao celebrarem o negócio de alienação, terão tido em vista garantir um outro negócio, cumpre recorrer à interpretação negocial¹³⁵ – e, neste âmbito à doutrina da impressão do destinatário (art. 236º) – por forma a aferir se os contraentes não terão pretendido atribuir-lhes um carácter unitário, uma finalidade económica comum.

Se assim for – que parece que será –, uma vez que “os contratos, mantendo embora a sua individualidade, estão ligados entre si, segundo a intenção dos contraentes, por um nexo funcional”¹³⁶, estaremos perante uma coligação contratual¹³⁷.

Assim, embora os negócios não percam a sua individualidade, verificam-se interferências recíprocas entre ambos que acabam por afetar a sua autonomia jurídica. As vicissitudes do contrato garantido repercutir-se-ão, necessariamente, no contrato de alienação fiduciária em garantia, de tal modo que o destino do primeiro se estenderá ao segundo (e vice-versa), sem que para tal seja necessária estipulação expressa nesse sentido.

Nestes termos, a consideração de que a garantia é autónoma relativamente à obrigação subjacente não poderá, naturalmente, proceder, na medida em que “ambos os contratos se completam na obtenção da finalidade económica comum e uma subordinação que implica que as vicissitudes de um se repercutam no outro.”¹³⁸

¹³⁴ Pese embora seja uma garantia funcionalmente ligada a um direito de crédito, não é meramente acessória deste.

¹³⁵ Nas palavras de Calvão Silva, corresponde à “atividade dirigida a determinar o conteúdo declaracional relevante” (Silva, 1996, p. 596).

¹³⁶ Varela, 2003, p. 282.

¹³⁷ Neste sentido também se pronunciaram, relativamente à cessão de créditos em garantia, Martinez & Ponte, 2006, p. 257.

¹³⁸ Neste sentido, Ac. do TRC de 18/7/07.

De qualquer dos modos, perante um negócio cuja regulamentação jurídica é, de *iure condito*, inexistente, será sempre necessário, para que logre uma justa qualificação, nas palavras de Pereira Coelho¹³⁹, que se atenda a cada uma das cláusulas de cada um dos contratos componentes ou do próprio complexo contratual, já que a impressão do destinatário médio não poderá deixar de se formar tendo em conta o conjunto de todos os elementos atendíveis para a interpretação, nos quais ressaltam, naturalmente, a economia do complexo contratual, entendida como a teia de conexões económicas nele estabelecida.

Deste modo, aferir-se-á casuisticamente a natureza da garantia prestada, designadamente mediante a consideração da autonomia ou dependência dos contratos concretamente celebrados¹⁴⁰.

3. O risco fiduciário

Atendendo à origem etimológica da palavra, diz-se que *fiducia* “denota a confiança que se deposita noutrem.”¹⁴¹ À alienação fiduciária em garantia importa a confiança de que o fiduciário não exercerá os poderes inerentes à sua qualidade de proprietário para além do vertido no *pactum fiduciae* e que restituirá o bem ao fiduciante assim que este cumpra a obrigação garantida.

A todas as operações negociais subjazem múltiplos riscos. No entanto, estes acrescem consideravelmente em negócios com estrutura fiduciária, nos quais as posições jurídicas das partes assumem contornos particulares.

3.1. A violação do *pactum fiduciae*

A violação do pacto fiduciário pode ocorrer essencialmente por uma de duas formas: ou o fiduciário, na pendência do contrato do qual emerge a obrigação garantida¹⁴², transmite o bem a terceiros ou, cumprida a obrigação pelo fiduciante, recusa-se a retransmitir-lhe o bem.

Em qualquer uma destas hipóteses, a tutela do fiduciante varia conforme a posição jurídica que ocupa. Por outras palavras, depende de este ser titular de uma expectativa jurídica de reacquirição do bem transmitido – assim entendida como um direito subjetivo prévio ou intercalar¹⁴³ – ou de apenas dispor de uma mera pretensão de reacquirição da propriedade.

¹³⁹ Coelho, 2015, pp. 14 e 15.

¹⁴⁰ Como ensina Januário Gomes, existem diversos graus de autonomia e de acessoriedade, pelo que importará questionar, no caso concreto, o grau de dependência. Gomes, 2000, pp. 110 a 116.

¹⁴¹ González, 2012, p. 52.

¹⁴² Designadamente quando a obrigação ainda não foi cumprida pelo fiduciante em virtude da não decorrência do prazo contratualmente estipulado.

¹⁴³ Mariano, 2004, p. 97.

Se o negócio de alienação tiver sido convencionado sob condição resolutiva, os atos de disposição praticados pelo fiduciário ficarão sujeitos, de acordo com o regime previsto no artigo 274º, à eficácia ou ineficácia do próprio negócio, se nada se estipular em sentido distinto.

Assim, se o fiduciário alienar o bem a terceiro, quando se verificar o cumprimento da obrigação pelo fiduciante, a retroatividade da condição (art. 276º) “ocasionará a perda de eficácia dos actos dispositivos praticados pelo credor condicional.”^{144 145}

Por identidade de razão, também no que concerne à mera recusa de transmissão após o adimplemento do devedor, não se colocarão óbices perante um negócio condicional, uma vez que esta opera *ipso iure*.

A posição jurídica do fiduciante no negócio assim configurado assume, na nossa ótica, uma posição idêntica à do comprador com reserva de propriedade¹⁴⁶: uma expectativa de aquisição juridicamente tutelada.

Trata-se de uma autêntica expectativa jurídica, uma vez que “já começou um processo aquisitivo, acautelado por lei, com a atribuição de direitos subjetivos”¹⁴⁷. No momento em que se verificar o cumprimento da obrigação garantida, “o direito de expectativa concretiza-se na aquisição plena do direito subjetivo”¹⁴⁸: o fiduciante readquire o bem.

Quando do negócio de alienação não resultar a aposição de uma condição resolutiva, o fiduciante não poderá fazer valer o pacto fiduciário *erga omnes*¹⁴⁹, pelo que o terceiro deverá adquirir o bem¹⁵⁰, salvo se aquele lançar mão do expediente previsto no artigo 334º e, por esta via, se considerar que o beneficiário da garantia fez uso do seu direito de forma excessiva, relativamente aos fins garantístico que o limitavam¹⁵¹.

No entanto, tal não preclui a possibilidade de aquele defender a sua posse¹⁵², se tiver sido convencionado que o mesmo terá um direito pessoal de gozo sobre a coisa dada em garantia¹⁵³ ou, ainda, se for titular de um direito real menor, como o direito de uso ou

¹⁴⁴ Pires, 2010, p. 196.

¹⁴⁵ Excetuando-se os efeitos substantivos do registo, que, por motivos de exposição, não abordaremos nesta sede.

¹⁴⁶ Tal como é comumente admitido no seio da doutrina moderna. Leitão, 2012, p. 243.

¹⁴⁷ Hörster, 2000, p. 224.

¹⁴⁸ Hörster, 2000, p. 224.

¹⁴⁹ O pacto fiduciário tem eficácia meramente obrigacional, em obediência ao art. 1307 CC. No entanto, a inserção de uma condição resolutiva no pacto fiduciário ocasiona, uma vez cumprida a obrigação garantida pelo fiduciante, a caducidade do negócio de transmissão anteriormente celebrado, pelo que aquele readquire a propriedade do bem. Assim, após a verificação da condição, os atos de disposição praticados pelo fiduciário perdem a sua eficácia, pelo que o fiduciante pode opor a condição resolutiva (que integra o pacto fiduciário) *erga omnes*.

¹⁵⁰ Sem prejuízo da responsabilidade contratual a que se encontrará sujeito o fiduciário. O fiduciante poderá ainda recorrer ao enriquecimento sem causa, em virtude do locupletamento que o fiduciário terá obtido à sua custa, sem causa justificativa. Pires, 2010, p. 199.

¹⁵¹ Neste sentido, *vide* Margarida Andrade, 2009, p. 82; Pires, 2010, p. 198.

¹⁵² *Ex vi* do art. 1277º.

¹⁵³ Leitão, 2012, p. 243.

o usufruto. O mesmo se dirá sempre que, embora inexista qualquer convenção, o fiduciante se mantenha em contacto direto com o bem. Por outras palavras: na posse fiduciária¹⁵⁴.

Na eventualidade de, não obstante o bem não ter sido alienado a terceiro, o fiduciário obstar à sua retransmissão, entrará em mora. Nesta medida, poderá o fiduciante recorrer à execução específica¹⁵⁵ – por força da aplicação analógica do art. 830º – e recuperar a propriedade do bem, cumprida a obrigação¹⁵⁶.

Ainda neste âmbito, exaltando a forte tutela do fiduciante, Margarida Andrade¹⁵⁷ e Pais de Vasconcelos¹⁵⁸ preconizam que este poderá reagir contra o fiduciário recorrendo à tutela penal. No entanto, por motivos de exposição e por se pretender a realização de uma abordagem meramente civilística do tema, não teceremos considerações sobre tal asserção.

3.2. A apreensão judicial do bem

A garantia geral das obrigações é constituída pelo património do devedor (art. 601º). Assim, todos os bens suscetíveis de penhora estão sujeitos à possibilidade de serem judicialmente apreendidos e alienados, por forma a que os credores sejam pagos com o produto da sua venda.

Entende Catarina Pires que “Uma possível ameaça patrimonial ao bem alienado em garantia é a penhora”¹⁵⁹, que poderá ocorrer no decurso de um processo executivo, bem como a sua apreensão a favor da massa insolvente, no decurso de um processo insolvencial.

3.2.1. No âmbito executivo

Quanto à apreensão judicial do bem no âmbito de um processo executivo intentado pelos credores do fiduciário, Pestana de Vasconcelos¹⁶⁰ sustenta a aplicação analógica do regime previsto no art. 1184º.

¹⁵⁴ Pires, 2010, p. 118. O fiduciante não assume a posição de mero detentor, na medida em que não se subsume a nenhuma das hipóteses previstas no art. 1253º. É, assim, titular de uma posse especial, que se distingue da posse do fiduciário.

¹⁵⁵ González, 2012, pp. 125 e 126, Margarida Andrade, 2009, p. 82 e Pires, 2010, p. 203.

¹⁵⁶ Em virtude de a ação de execução específica ser sujeita a registo, todas as alienações posteriores realizadas pelo fiduciante não se poderão manter, o que traduz o corolário do princípio da prioridade registral. Do mesmo modo, ainda que o registo da ação de execução específica seja posterior ao facto aquisitivo, se se conseguir fazer prova de que o terceiro conhecia a limitação fiduciária da propriedade do alienante e, portanto, a sua má-fé, não poderá aquele erguer obstáculo à execução específica intentada pelo fiduciante. Neste sentido, González, 2012, pp. 128 a 130.

¹⁵⁷ Margarida Andrade, 2009, p. 81.

¹⁵⁸ P. Vasconcelos, 1995, p. 285.

¹⁵⁹ Pires, 2010, p. 207.

¹⁶⁰ L. Vasconcelos, 2010, p. 516.

De modo semelhante ao que se verifica com os bens adquiridos pelo mandatário em execução do mandato, a titularidade dos bens assume na esfera jurídica do fiduciário um carácter temporário¹⁶¹. Por isso, este deverá recorrer à oposição à penhora, de modo a cumprir o seu dever de protecção do bem.

A protecção conferida pelo art. 1184º é tendencialmente redutora. Conforme resulta da letra da lei, não se aplica quanto a bens sujeitos a registo se tiver sido realizado o registo de aquisição dos mesmos.

Na eventualidade de não ser possível recorrer à tutela do preceito suprarreferido, o fiduciário deve requerer a substituição do bem penhorado no prazo de oposição à penhora ou, ainda, nas palavras de Pestana de Vasconcelos, “simplesmente, promover a extinção da execução.”¹⁶²

Perante a inércia do fiduciário, incumbirá ao fiduciante reagir. Neste âmbito, defende Catarina Pires que este poderá recorrer aos embargos de terceiros (art. 342º do CPC) sempre que mantenha a posse fiduciária do bem¹⁶³. O mesmo se aplica, naturalmente, caso o fiduciante seja titular de um direito real menor ou de um direito pessoal de gozo.

Pode ainda suceder que o bem seja penhorado numa ação intentada por um credor do fiduciante. Nesta situação, o fiduciário – enquanto proprietário pleno do bem – deverá deduzir embargos de terceiro ou, ainda, lançar mão da ação de reivindicação (art. 1311º) por forma a defender a titularidade do seu direito. Neste último caso, proceder-se-á ao levantamento da penhora e à anulação da venda executiva dos bens reivindicados, nos termos da lei do processo¹⁶⁴.

Tendencialmente, o risco de penhora só existirá caso se trate de um bem móvel não sujeito a registo. Não havendo desapossamento, a presunção da titularidade do direito (art. 1268º) faz relevar a presunção de que o bem pertence ao prestador da garantia.

O mesmo não se dirá quanto à penhora da expectativa de reacquirição do bem. Nesta sede, concordamos com Catarina Pires, que entende que “sendo o prestador da garantia titular de uma expectativa, será de admitir que os respectivos credores possam penhorar aquela situação jurídica”¹⁶⁵, nos termos do art. 778º CPC¹⁶⁶.

¹⁶¹ Em sentido contrário, negando o recurso ao expediente previsto no art. 1184º, Pires, 2010, pp. 227 a 231.

¹⁶² L. Vasconcelos, 2010, p. 517.

¹⁶³ Pires, 2010, p. 221.

¹⁶⁴ Neste sentido, Pires, 2010, p. 216.

¹⁶⁵ Pires, 2010, p. 220.

¹⁶⁶ Também o direito de usufruto poderá ser penhorado. O mesmo não se dirá quanto ao direito de uso, que é impenhorável.

3.2.2. No âmbito insolvencial

Nas palavras de Rosário Epifânio, “o processo de insolvência é um processo universal e concursal destinado a obter a liquidação, respetivamente, de todo o património do devedor insolvente, por todos os seus credores.”¹⁶⁷

Nesta medida, dispõe o art. 91º n.º 1 do CIRE, a declaração de insolvência importa o vencimento de todas as obrigações do insolvente.

Caso o fiduciante seja declarado insolvente, o bem alienado em garantia não poderá integrar a massa insolvente na medida em que este não é titular do direito de propriedade¹⁶⁸.

Contudo, parece-nos que se a massa insolvente proceder à satisfação do crédito garantido e, desta feita, for restituída a propriedade do bem ao fiduciante¹⁶⁹, naturalmente que este será recuperado pela massa insolvente e, nestes termos, seguidos os ulteriores procedimentos tendentes à venda do bem e satisfação dos credores pelo produto da sua venda.

No que contende com a insolvência do fiduciário, Catarina Pires sustenta a impossibilidade de aplicação do art. 104º do CIRE. Entende a autora que uma vez que o fiduciário é proprietário do bem dado em garantia, este fará parte da massa insolvente, restando ao fiduciante a satisfação da “prestação devedora a seu cargo (cfr. artigo 81.º n.º 7), ficando habilitado a reclamar a restituição do bem fiduciado, enquanto credor comum (cf. artigo 47.º do CIRE).”¹⁷⁰

Não nos parece que a posição do fiduciante enquanto credor comum seja aceitável, quer do ponto de vista da injustiça material subjacente a tal entendimento, quer do propósito negocial visado pelas partes.

Por outras palavras, uma vez que por força da insolvência do fiduciário não se venceu, naturalmente, a obrigação do fiduciante, este estará ainda em tempo de cumprir a obrigação e, deste modo, recuperar o bem transmitido. Nesta medida, embora o fiduciário tenha adquirido “irrevogavelmente um direito de propriedade oponível *erga omnes*”¹⁷¹, o bem não se destina, em última análise, à sua esfera jurídica, só assim não sendo no caso de o fiduciante não cumprir.

¹⁶⁷ Epifânio, 2016, p. 14.

¹⁶⁸ Se tal ocorrer, deverá o fiduciário recorrer ao mecanismo previsto no art. 141º do CIRE. Ressalve-se, no entanto, a possibilidade de penhora da expectativa jurídica de aquisição e do direito de usufruto, conforme oportunamente referido.

¹⁶⁹ Por força da verificação da condição resolutiva ou, ainda, pelo recurso à execução específica pelo administrador de insolvência. Note-se que, na eventualidade de não ser aposta uma cláusula resolutiva ao negócio de alienação, o recurso à execução específica pelo administrador da insolvência parece ser o único mecanismo legal suscetível de produzir a declaração negocial do fiduciário, porquanto importa a celebração de um novo contrato que retransmita a propriedade.

¹⁷⁰ Pires, 2010, p. 243.

¹⁷¹ Tomé & Campos, 1999, p. 201.

Pelo exposto, Pestana de Vasconcelos¹⁷² propõe a aplicação do art. 1184º, pelo que o bem não integrará a massa insolvente. Porém, o âmbito de aplicação restrito da norma – como se viu *supra* – suscita a necessidade de uma proteção adicional.

Impõe-se, a nosso ver, a aplicação do art. 104º do CIRE¹⁷³. Não subscrevemos a opinião de Catarina Pires, na medida em que não identificamos motivos que obstem à sua aplicação analógica.

A *ratio* da norma consiste, essencialmente, em estabelecer o destino do negócio no qual a propriedade assume uma função garantística perante a insolvência de um dos contraentes. Como forma de proteção da posição jurídica do comprador não insolvente, confere-se o direito a exigir o cumprimento do contrato e, assim, assegura-se a transmissão da coisa¹⁷⁴.

A aplicação desta norma permite afastar o risco de o devedor vir a ser impedido de readquirir o bem, uma vez que se este é património do fiduciário insolvente – ainda que só assuma uma função de garantia – integra a massa insolvente (excetuadas as situações que caibam na previsão do art. 1184º) e, assim, pode vir a ser liquidado¹⁷⁵.

Na alienação fiduciária em garantia a propriedade assume, consabidamente, uma função de garantia, pelo que a analogia se justifica, na medida em que “o ponto de partida da analogia é a similitude de situações.”¹⁷⁶

IV. Breve análise de Direito Comparado

O constante desenvolvimento do comércio jurídico tem originado a conclusão de que as garantias tradicionais são hoje incapazes de dar uma resposta adequada às crescentes necessidades espoletadas no âmbito creditício.

Por conseguinte, a alienação fiduciária em garantia tem assumido um papel preponderante em diversos ordenamentos, mediante o reconhecimento da sua eficácia enquanto mecanismo de concessão de crédito. Tal constatação originou uma crescente regulamentação jurídica deste negócio *fiduciae*.

A este propósito, alerta Margarida Andrade que “atualmente assiste-se a uma renovada discussão sobre os negócios fiduciários”¹⁷⁷.

¹⁷² L. Vasconcelos, 2010, p. 519.

¹⁷³ Pelo que seguimos a doutrina de Pestana de Vasconcelos (L. Vasconcelos, 2007, pp. 240 e 241).

¹⁷⁴ Não existindo, neste caso, possibilidade de o administrador da insolvência optar pelo não cumprimento. Fernandes & Labareda, 2005, p. 400.

¹⁷⁵ No mesmo sentido, Vasconcelos, 2007, p. 243.

¹⁷⁶ Ac. do STJ de 02/02/99.

¹⁷⁷ Margarida Andrade, 2009, p. 59.

1. A fidúcia francesa: breve referência

À semelhança de Portugal, também no ordenamento jurídico francês se colocaram diversas objeções relativamente aos negócios fiduciários. Durante muito tempo, “o sistema francês de garantias resistiu ao reconhecimento da validade da alienação em garantia, menosprezando, em geral, as construções fiduciárias.”¹⁷⁸

Com a Lei n.º 2007-211, de 19/2/2007, foram introduzidas alterações ao *Code Civil*, que passou a reconhecer, expressamente, os negócios fiduciários celebrados com fim de garantia ou de mera administração.

Não se poderá, sem mais, assinalar uma correspondência entre a fidúcia – admitida de *iure constituto* no sistema francês – e a alienação fiduciária em garantia. A fidúcia francesa reconduz-se, ainda que apenas de forma meramente aproximada, ao *trust* do sistema anglo-saxónico¹⁷⁹, já que implica a criação de um património de afetação que surge, na esfera jurídica do fiduciário, separado do seu restante património e que é gerido em prol do beneficiário (que poderá ser o fiduciário)¹⁸⁰.

Se os bens – móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos – são afetos à garantia de cumprimento de um crédito (sendo o credor o beneficiário da fidúcia), a fidúcia desempenha um papel de garantia¹⁸¹.

Perante o recorte jurídico da fidúcia francesa, que permite que na vigência do contrato os bens fiduciários constituam um património distinto da restante massa patrimonial do fiduciário¹⁸², dir-se-á que esta comporta um mecanismo inigualável na facilitação da concessão de crédito, por força da segurança concedida aos contraentes¹⁸³.

2. O sistema alemão

A figura da alienação fiduciária em garantia não é uma novidade no ordenamento jurídico alemão, uma vez que se trata de uma figura de origem consuetudinária com cerca de dois séculos de existência¹⁸⁴.

Embora seja evidente a antiguidade da *Sicherungsübereignung*¹⁸⁵ a par das garantias tradicionais, esta ainda não foi contemplada no BGB. Refere Diogo Campos que “a alienação em garantia do direito alemão contemporâneo foi de construção jurisprudencial e doutrinal.”¹⁸⁶

¹⁷⁸ Pires, 2010, p. 56.

¹⁷⁹ Poder-se-á aventar que se trata, em certa medida, de um *trust* continentalizado, que pode ser utilizado para fins garantísticos ou de administração.

¹⁸⁰ Damy, 2007.

¹⁸¹ Barrière, 2013, p. 871.

¹⁸² Pires, 2010, p. 59.

¹⁸³ Conferindo uma garantia muito mais sólida do que a figura em análise na nossa exposição.

¹⁸⁴ Pires, 2010, p. 40.

¹⁸⁵ É assim designada a alienação em garantia.

¹⁸⁶ D. Campos, 1998, p. 17.

Contrariamente ao que se verifica no nosso ordenamento, no sistema alemão é admissível a transferência da propriedade por negócio abstrato¹⁸⁷, pelo que não se levantam problemas quanto à aceitação de que a mesma seja realizada com fins de garantia¹⁸⁸.

O esquema negocial decompõe-se da seguinte forma: “a propriedade sobre o bem é transferida por meio de acordo (*Einigung*) e um pacto de mediação possessória (acordo de transferência de propriedade e constituto possessório) com caráter fiduciário.”¹⁸⁹

Assim, considera-se que o fiduciário é um proprietário pleno. Tal entendimento não será, na nossa ótica, imune a críticas. Apesar de o fiduciário poder eficazmente alienar o bem a terceiros¹⁹⁰, no âmbito do concurso de credores apenas lhe cabe uma mera preferência – e já não a possibilidade de recurso a mecanismos suscetíveis de defender a sua propriedade –, o que denota uma amplitude restrita do seu direito^{191 192}.

O fiduciante encontra neste instituto uma esfera de proteção ampla. É-lhe permitido opor-se às pretensões de credores do fiduciário sobre o bem, na medida em que no concurso de credores assume uma posição jurídica semelhante à de um proprietário, com direito a separação do bem¹⁹³. Pode ainda deduzir, no âmbito da ação executiva, embargos de terceiro¹⁹⁴.

Isto será assim em observância do princípio da conversão, que permite que o fiduciário, em princípio titular de um direito pleno, possa ver-se reduzido à posição de mero credor garantido e que o fiduciante, detentor de uma simples pretensão obrigacional de restituição da coisa (em caso de cumprimento da obrigação garantida), assuma posição semelhante à do proprietário pleno, no caso de concurso de credores do fiduciário¹⁹⁵.

Se o fiduciante cumprir a obrigação que visa garantir com a transferência do bem, surge uma obrigação de retransmissão por parte do fiduciário. O bem não se retransmite automaticamente; para que tal ocorra é antes necessária a aposição de uma condição resolutiva, o que não é permitido quanto a bens imóveis^{196 197}.

Cumprе salientar que, perante um eventual incumprimento do fiduciante, o fiduciário poderá fazer seu o bem dado em garantia, não existindo qualquer

¹⁸⁷ Na Alemanha, o negócio real de transmissão abstrai-se da sua própria causa – ou seja, o negócio obrigacional que lhe deu origem –, sendo prescindível a sua referência.

¹⁸⁸ Leitão, 2012, p. 235.

¹⁸⁹ D. Campos, 1998, p. 18.

¹⁹⁰ Pires, 2010, p. 43.

¹⁹¹ D. Campos, 1998, p. 19.

¹⁹² O mesmo não se diz no âmbito de ação executiva, em que poderá deduzir embargos de terceiro. Pires, 2010, p. 46.

¹⁹³ D. Campos, 1998, p. 19.

¹⁹⁴ Pires, 2009, p. 47.

¹⁹⁵ D. Campos, 1998, p. 19.

¹⁹⁶ D. Campos, 1998, p. 20.

¹⁹⁷ Por esse motivo, na Alemanha, “os bens imóveis não se prestam a esta utilização” (Pires, 2010, p. 42).

impedimento por via da proibição do pacto comissório uma vez que se entende que, neste caso, o credor se apropria do que já lhe pertence¹⁹⁸.

3. A propriedade fiduciária brasileira

A introdução da alienação fiduciária em garantia no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu na década de 60, tendo em vista a criação de uma nova garantia real, apta a proteger o mercado de capitais^{199 200}.

Entende Tiago Matta que, “diversamente da realidade portuguesa, a doutrina e jurisprudência brasileira desde sempre acataram a validade dos negócios jurídicos fiduciários, como contratos atípicos, desenvolvidos sobre o pálio dos princípios da liberdade contratual.”²⁰¹

Atualmente, a alienação fiduciária em garantia assume a posição de contrato típico. Sob a égide de “Propriedade Fiduciária”, o Capítulo IX do CC Brasileiro estabelece as disposições aplicáveis ao contrato. O art. 1361º consagra a definição de alienação fiduciária em garantia: “considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.”²⁰²

Daqui resulta que a propriedade do fiduciário, transmitida com um fim garantístico, é entendida como uma propriedade resolúvel. Prevê-se a possibilidade de o contrato ser resolvido, o que ocorrerá *ope legis*, mediante o cumprimento da obrigação a que o fiduciante se encontra adstrito²⁰³.

No caso de inadimplemento pelo fiduciante, surge a obrigação de entrega do bem ao fiduciário²⁰⁴. Mas este não poderá, simplesmente, fazer sua a coisa dada em garantia, sendo antes obrigado a promover a venda judicial ou extrajudicial do bem, pagando-se pelo produto da sua venda e devolvendo o eventual excesso ao devedor.

Do exposto resulta a proibição do pacto comissório, que se encontra expressamente prevista no âmbito deste instituto (art. 1365º do CC), sendo cominada com nulidade qualquer cláusula em sentido contrário.

Refere Gabriela Dias que “o direito de propriedade adquirido pelo credor é, aqui, claramente marcado pelo fim de garantia, já que só pode aliená-lo e fazer-se pagar pelo

¹⁹⁸ Leitão, 2012, p. 235.

¹⁹⁹ D. Campos, 1998, p. 21.

²⁰⁰ Não deixa de ser curioso que o Brasil, cujo Direito é marcado por influência lusa, seja consideravelmente mais avançado, a nosso ver, quanto a este tema. Atente-se que a sua regulamentação normativa remonta a 1965.

²⁰¹ Matta, 2007, p. 546.

²⁰² O contrato poderá, igualmente, ter como objeto bens imóveis, conforme consta do art. 1367º do CC Brasileiro.

²⁰³ Ademais, este encontra-se numa posição privilegiada quanto à reaquisição do bem na medida em que, nos termos do art. 1368º-B do CC, é titular de um direito real de aquisição.

²⁰⁴ Isto será assim na medida em que a posse direta do bem é conservada pelo devedor, enquanto o credor assume a posição de possuidor indireto (art. 1361º §2º do CC).

valor em caso de incumprimento – ou seja, respeita-se substancialmente a proibição do pacto comissório, já que o proprietário não pode reter o bem como forma de pagamento.”²⁰⁵

Tem vindo, no entanto, a ser discutida a admissibilidade do pacto marciano, existindo já doutrina e jurisprudência nesse sentido. Decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo que “se o débito não for pago, a coisa poderá passar à propriedade plena do credor pelo seu justo valor, a ser estimado, antes ou depois de vencida a dívida, por terceiros.”²⁰⁶

Neste ordenamento, a propriedade não se transfere por mero efeito de contrato. É necessária a prática de um ato ulterior para que o bem dado em garantia seja transferido para a esfera jurídica do credor, seja a tradição, no caso de se tratar de um bem móvel, ou o registo, no caso de bem imóvel^{207 208}. Urge ainda a necessidade de registar o contrato no Registo de Títulos e Documentos, para que a alienação seja oponível *erga omnes*.

Acresce que, sendo a propriedade funcionalizada a um fim de garantia, o legislador impôs a necessidade de estabelecer o conteúdo mínimo do contrato que se visa garantir²⁰⁹, o que permite uma maior clareza negocial e segurança jurídica, necessária a toda e qualquer transferência de direitos reais.

4. Possíveis contributos *de iure condendo*

Dada a ausência de regulamentação legal deste contrato, uma análise de Direito Comparado afigura-se imperativa para que, *de iure condendo*, seja possível a formulação de soluções idóneas e adequadas aos interesses das partes, no Direito Português.

Em virtude das marcantes dissemelhanças de pensar o Direito em cada ordenamento, surgem dificuldades no que toca às tentativas de transposição das diversas soluções adotadas para o sistema português.

Ainda assim, será sempre possível assinalar determinados aspetos que, na nossa opinião, poderão considerar-se de grande relevo perante uma eventual – e esperemos que futura – posituação deste instituto no nosso ordenamento, bem como aqueles que serão de rejeitar perante um advento legislativo nesse mesmo sentido.

No que concerne ao Direito Francês, pode dizer-se que é praticamente eliminado o risco subjacente à operação fiduciária, na medida em que a segregação patrimonial obsta a que o bem dado em garantia seja alvo de agressões externas de potenciais credores dos

²⁰⁵ Dias, 2007, p. 444.

²⁰⁶ Proc. n.º 9103689-29.2008.8.26.0000, de 27.08.2009, 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, *apud* Lima, 2014, p. 15.

²⁰⁷ Matta, 2007, p. 549.

²⁰⁸ O registo assume, neste âmbito, uma dupla função: constitutiva e de publicidade.

²⁰⁹ Designadamente o total da dívida ou a sua estimativa, o prazo estabelecido ou a época de pagamento, a taxa de juros e a descrição do bem objeto da transferência (art. 1361º §3 do CC Brasileiro).

contraentes, conferindo uma blindagem patrimonial que não é, naturalmente, alcançada por meio do recurso à alienação fiduciária em garantia.

Contudo, e sem prejuízo dos inquestionáveis contributos atinentes à sua transposição para o nosso ordenamento, as respetivas soluções só dificilmente poderiam ser consagradas no âmbito do Direito Português. De entre diversos argumentos, o princípio da unidade do património parece opor-se ao reconhecimento de que um sujeito seja titular de um património especial e de um património geral, que se distingue do segundo por ser afeto a determinado fim, exceto nos casos legalmente previstos²¹⁰.

No Direito Alemão, assinala-se a extensa proteção que é conferida ao fiduciante perante a penhora do bem no âmbito de ação executiva ou insolvencial intentada pelos credores do fiduciário. Diz-se, assim, que assume “um poder jurídico de natureza real”²¹¹.

Tal solução permite que se cumpra o propósito da alienação, uma vez que os interesses dos credores do fiduciário não poderão conflitar, nesta medida, com a pretensão de retransmissão do bem pelo fiduciante, o que surge como uma medida adequada nesta matéria.

Em contrapartida, será a nosso ver desadequado que o fiduciário apenas assumira posição idêntica à do credor com garantia real perante o concurso de credores do fiduciante. Embora seja certo que a propriedade que lhe foi transmitida apenas assume uma função de garantia, menos certo não será que este figura enquanto proprietário do bem nos restantes domínios. Não se compreende, então, que perante uma agressão ao bem este apenas se limite a ter uma preferência sobre o produto da sua venda, como se de um mero credor garantido se tratasse.

Diga-se ainda que, tendo em linha de conta a configuração da posição jurídica do fiduciante no sistema germânico, não se concebe que o bem não se retransmita *ipso iure*, por força do cumprimento.

Ao exposto acresce que, se a convenção negocial não permitir a aposição de uma condição resolutiva – que só é possível quanto a bens móveis –, este negócio importará um enorme risco para o devedor, que poderá ver-se confrontado com a impossibilidade de recuperação do bem, excetuada a situação de penhora do mesmo ou do recurso às vias judiciais.

Surge ainda como facto digno de atenção a consideração de que a proibição do pacto comissório não se aplica a este instituto. Excluída esta limitação normativa, é amplamente incentivado o recurso a esta figura, na medida em que não se preclui que

²¹⁰ Pese embora, por motivos de exposição, não possamos abordar o tema, cumpre deixar a breve nota que, ainda assim, este princípio não parecerá ser um dogma, mas antes postulado de política legislativa que visa proteger os credores e que por isso se encontra sujeito às derrogações que o legislador entender.

²¹¹ D. Campos, 1998, p. 19.

o credor, tendo um interesse concreto no bem, se mantenha enquanto proprietário do mesmo, perante o incumprimento da obrigação subjacente pelo fiduciante²¹².

Por seu turno, no Direito Brasileiro destaca-se a imposição legislativa do estabelecimento de um conteúdo mínimo do contrato garantido, uma vez que permite alcançar a certeza e a segurança jurídica necessárias à garantia da inexistência de situações fraudulentas, bem como a identificação concreta da situação dominial dos bens²¹³.

Acresce, ainda, a inegável preponderância que assume a consideração da propriedade fiduciária como propriedade resolúvel, na medida em que torna desnecessária a prática de qualquer ato, além do próprio adimplemento da obrigação garantida, para que opere a retransmissão da propriedade do bem para o fiduciante.

Este aspeto particular configurará, a nosso ver, a joia da coroa da alienação fiduciária em garantia do sistema brasileiro, na medida em que confere uma proteção acrescida ao fiduciante, não se colocando obstáculos a que o bem dado em garantia regresse à sua esfera de domínio, uma vez que tal surgirá como efeito automático do cumprimento.

Em sentido contrário, não se compreende o motivo pelo qual o fiduciário, perante a consolidação da propriedade na sua esfera jurídica, não dispõe expressamente da possibilidade de ficar com o bem, se assim o pretender, sendo antes obrigado a pagar-se pelo produto da sua venda. Desde que verificado o pressuposto da avaliação do bem e devolução do excedente que exista entre o seu valor e o montante em dívida²¹⁴, esta imposição carecerá de fundamento, uma vez que o efeito útil alcançado será precisamente o mesmo.

Analizadas as características atinentes ao instituto da alienação fiduciária em garantia nos ordenamentos jurídicos mencionados, cumpre observar que, em nossa opinião, a configuração da alienação fiduciária em garantia no sistema brasileiro será não só a que apresenta as soluções mais bem conseguidas, como, de igual modo, as mais ambicionáveis para o nosso país.

A construção jurídica do instituto neste sistema acaba por descaracterizar o seu carácter fiduciário,²¹⁵ na medida em que é reconhecida a existência de uma verdadeira propriedade fiduciária e resolúvel e, assim, é exponencialmente reduzido o risco da operação negocial. Seria então necessário, para que lograsse a sua positivação, proceder

²¹² Pese embora consideremos que, por imperativos de justiça, não se deva descurar o cumprimento do pacto marciano.

²¹³ O que é ainda reforçado pela necessidade de registo da propriedade fiduciária, possibilitando o conhecimento da sua existência por terceiros.

²¹⁴ *Maxime*, observando-se o pacto marciano.

²¹⁵ “A construção concreta da alienação em garantia depende dos ordenamentos jurídicos que, por vezes, descaracterizam o seu carácter fiduciário” (D. Campos, 1998, p. 11).

a uma relativa flexibilização do princípio do *numerus clausus*, uma vez que o nosso sistema não admite, de *iure condito*, restrições de caráter real ao direito de propriedade.

Orlando de Carvalho afirma que “a consagração de um *numerus clausus* absoluto não deixa de suscitar algumas dúvidas sérias, designadamente pelos obstáculos que levanta a um aproveitamento mais completo ou, pelo menos, mais dúctil, das possibilidades de fruição de riqueza.”²¹⁶

A flexibilização deste princípio norteador dos direitos reais permitiria reduzir consideravelmente a assimetria das posições jurídicas dos contraentes. A possibilidade de estipulação, com eficácia *erga omnes*, da limitação dos poderes do proprietário a um fim garantístico – numa palavra: a criação de uma propriedade fiduciária – permitiria impedir eficazmente os possíveis abusos decorrentes da natureza fiduciária do negócio.

Deste modo, facilitar-se-ia a concessão de crédito mediante o recurso a uma garantia cuja solidez é inegável e, simultaneamente, seriam reduzidos os riscos inerentes à celebração de um negócio fiduciário.

V. A alienação fiduciária em garantia e as garantias reais tradicionais

1. A insuficiência das garantias reais

As garantias reais tradicionais – *maxime*, a hipoteca e o penhor²¹⁷ – são prerrogativas assentes na lei que permitem “que o credor, em princípio por via negocial (...) se coloque numa situação privilegiada em relação dos demais credores”²¹⁸. Pressupõem a afetação de determinados bens, do devedor ou de terceiro, ao pagamento preferencial de determinadas dívidas.

Sendo certo que estas se caracterizam por conferir um acréscimo de segurança ao credor, porquanto não se limitam a estabelecer uma garantia geral, constituída pelo património globalmente considerado do devedor²¹⁹, menos certo não será que, como bem alerta Diogo Campos, “sofrem sérias limitações”²²⁰.

Por um lado, “a erosão e a insuficiência do tecido tradicional das garantias especiais parece hoje não permitir que através dele se alcance a eficaz tutela da posição do concedente do crédito”²²¹, e, por outro, denotam-se incipientes aos propósitos do devedor.

²¹⁶ Carvalho, 2012, p. 183.

²¹⁷ Embora a hipoteca e o penhor não sejam as únicas garantias reais previstas no nosso ordenamento, parecem ser as que assumem uma maior relevância prática no comércio jurídico.

²¹⁸ Martinez & Ponte, 2006, p. 71.

²¹⁹ Património este que será, as mais das vezes, desconhecido e insuscetível de controlo pelo credor.

²²⁰ D. Campos, 1998, p. 8.

²²¹ Dias, 2007, p. 437.

Nestes termos, a despersonalização da relação creditícia aliada à crescente massificação de necessidade de recurso ao crédito têm resultado no anseio generalizado dos credores por uma tutela mais eficaz e mais dinâmica no âmbito creditício²²².

Como alerta Isabel Menéres Campos, “a pouca elasticidade do sistema de direitos reais de garantia, em virtude do princípio da tipicidade taxativa, deparou-se com o surgimento de esquemas diversos, atípicos, mais simples, que encontram a sua fundamentação no princípio da autonomia privada e da liberdade contratual.”²²³

O “desgaste dos direitos reais de garantia (...) veio abrir a porta à criação, por via convencional, de outras garantias fundadas na propriedade”²²⁴, entre as quais a alienação fiduciária em garantia.

Uma vez que a *plena in re potestas* atribui ao titular do direito uma panóplia de poderes – tendencialmente ilimitados – sobre o bem, não é estranha a intencionalidade por parte dos credores de utilizar a rainha das garantias como forma de garantia do seu crédito.

2. Principais vantagens da alienação fiduciária em garantia

É inegável a solidez da posição jurídica do credor mediante o recurso a este instituto. Sendo titular do direito de propriedade, o bem dado em garantia é imune a potenciais pretensões dos restantes credores do devedor. Mas também para o devedor se apontam diversas vantagens.

Prima facie, esta figura – contrariamente ao penhor²²⁵ – é compatível com a manutenção da posse do bem pelo devedor, uma vez que inexistente neste instituto o requisito do desapossamento para a constituição da garantia. Tal facto assume uma importância prática imensa, já que aquele poderá continuar a retirar proveito das utilidades e rendimentos do bem e, por seu turno, o credor não arcará com os inconvenientes associados à guarda e conservação do mesmo²²⁶.

Perante uma necessidade momentânea de liquidez sem que para tal pretenda assumir compromissos bancários, de um lado, e, de outro, não tenha vontade de perder o bem a título definitivo, o recurso a este instituto demonstrar-se-á deveras útil²²⁷.

Por outro lado, nas situações em que se verifique o inadimplemento do devedor e, consequentemente, a execução da garantia, é mais vantajoso permitir que a propriedade

²²² Matta, 2007, p. 530.

²²³ I. Campos, 2009, p. 46.

²²⁴ Dias, 2007, p. 440.

²²⁵ Referimo-nos à regra geral prevista para o penhor, prevista no art. 669º, que estabelece a necessidade de tradição (ainda que simbólica) do bem para a constituição do penhor.

²²⁶ Com efeito, “ao credor/comprador do bem não interessa aqui, a maior parte das vezes, a posse do bem, a qual se converte muitas vezes para ele numa fonte de problemas relacionados com a sua guarda e armazenamento” (Dias, 2007, p. 438).

²²⁷ No mesmo sentido, Scozzafava, 2006, p. 29.

do bem se consolide na esfera jurídica do beneficiário da garantia ou que este proceda à sua alienação extrajudicial.

Dada a necessidade de avaliação do bem²²⁸, assegura-se ao devedor que o credor lhe restituirá um eventual excesso resultante da venda e que será responsabilizado, nos termos da responsabilidade contratual, se, por motivo que lhe seja imputável, tal remanescente não se verificar²²⁹.

Por seu turno, se o seu preço equivaler ou for inferior ao montante mutuado, não se levantarão especiais questões: na primeira hipótese, a obrigação considerar-se-á cumprida; na segunda, apenas responderá pela diferença de montantes, extinguindo-se parcialmente a dívida, com a devida anuência do credor.

Revela-se mais vantajoso do que a venda executiva, onde a morosidade, os custos elevados e a burocracia imperam, do ponto de vista do credor, e na qual os bens são adjudicados por um preço consideravelmente inferior ao valor de mercado, do ponto de vista do devedor.

Com efeito, segundo Gabriela Dias, é de conhecimento geral “o fenómeno brutal da desvalorização dos bens nesse tipo de vendas face ao seu valor real ou de mercado, atendendo a factores como a urgência, a ausência de negociações prévias e o estado de necessidade do vendedor.”²³⁰

As vantagens do recurso à alienação fiduciária em garantia no âmbito negocial – em detrimento das garantias reais tradicionais – estendem-se, indiscutivelmente, a ambos os contraentes.

Dada a segurança que lhe está associada, é um mecanismo impulsionador de concessão de crédito à comunidade em geral, permitindo o estabelecimento de taxas de juro mais atraentes para o devedor²³¹, e que poderá configurar – mediante uma ponderação adequada – um contributo notável para o desenvolvimento económico, na medida em que será propício, via de regra, ao aumento do consumo.

Conclusão

Na presente dissertação tivemos em vista a realização de uma análise da alienação fiduciária em garantia enquanto figura jurídica geral e autónoma, ou seja, fora do âmbito do DL n.º 105/2004, de 08/05.

Do estudo realizado podemos concluir que se trata de um negócio que, em abstrato, se afigura perfeitamente lícito e válido, na medida em que não viola normas ou princípios

²²⁸ Em obediência, como se viu, ao pacto marciano.

²²⁹ A lei reprova o incumprimento da obrigação que seja originado pela falta de diligência ou conduta dolosa do contraente. Lima & Varela, 1986, p. 54.

²³⁰ Dias, 2007, p. 439.

²³¹ Margarida Andrade, 2009, pp. 68 e 73.

jurídico-civilísticos do ordenamento português. De facto, tal conclusão já havia sido demonstrada pela doutrina maioritária, culminando na posituação deste instituto no âmbito do DL suprarreferido, cujo âmbito de aplicação se circunscreve aos contratos de garantia financeira.

Com efeito, o risco de ilicitude que se poderá verificar neste negócio jurídico não divergirá daquele que se encontra ínsito a todo e qualquer contrato. Assim, impor-se-á o recurso à *interpretatio*, tendo por fim a realização de uma apreciação casuística que atente na *voluntas* que teve por base a celebração da convenção, nos precisos termos em que a mesma foi firmada.

Em virtude de não se encontrar expressamente previsto no direito vigente, o seu recorte jurídico dependerá da vontade dos contraentes, conforme o que se revelar mais adequado aos interesses visados no caso concreto. Assim, tal amplitude negocial – ao abrigo do art. 405º – não só poderá redundar num risco acentuado para o fiduciante, como, de igual modo, poderá suscitar uma enorme insegurança no tráfego jurídico.

Nesta medida, dada a função do Direito prosseguir, por um lado, os ditames de justiça e – tanto quanto possível – de igualdade da posição jurídica dos contraentes e, por outro lado, a devida segurança jurídica quanto à situação dominial dos bens, cremos ser necessária uma regulamentação normativa que atenuar o carácter fiduciário do negócio, por forma a diminuir os riscos ínsitos à prestação da garantia pelo devedor, designadamente de perda do bem, e que assegure a publicidade da constituição e extensão da garantia.

Nesta medida, logramos extrair os traços fundamentais que deverão enformar, em nossa opinião, uma eventual posituação do contrato. Consideramos, então, ser necessário impor – enquanto requisito de validade negocial – a sujeição a requisitos de forma, assegurando que o pacto fiduciário seja suficientemente claro para marcar a distinção perante uma simples transmissão de propriedade e, mais ainda, que seja sujeito a registo, por forma a assegurar a publicidade da situação do bem, transmitido com função garantística ao fiduciário, a terceiros.

Tendo em vista a proteção da posição jurídica do fiduciante, dever-se-á configurar a propriedade como resolúvel, à luz do art. 1307º do CC, de forma a que, por efeito do cumprimento, a mesma seja transmitida *ope legis* àquele. Do mesmo modo, afigura-se-nos necessária a previsão expressa da impenhorabilidade do bem no âmbito de ação movida contra o fiduciário, porquanto o mesmo não se destina à sua esfera jurídica em termos definitivos, mas somente durante o lapso temporal em que subsiste a relação de garantia. Dever-se-á, igualmente, prever o conteúdo mínimo do contrato que se visa garantir e a forma de extinção da garantia, prevendo uma relação incindível entre o

contrato garantido e o que procede à alienação, de modo a que as vicissitudes daquele se repercutam, necessariamente, neste.

O Direito, enquanto facto social, não poderá deixar de ter em consideração as aspirações dos sujeitos e as práticas a que estes comumente recorrem em vista da satisfação das suas necessidades. Uma vez que o recurso à alienação fiduciária em garantia é, indiscutivelmente, cada vez mais frequente no comércio jurídico, e na medida em que estão reunidas as condições para tal de *iure constituto*, urge a sua consagração normativa.

Bibliografia

- ALMEIDA, C. (2011). Alienação da propriedade em garantia – uma perspetiva prudente. *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, vol. I, *Revista de Direito e Justiça*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa.
- ALVES, H. (2010). *Do Penhor*. Coimbra: Almedina.
- ANDRADE, M. C. (1992). *Teoria geral da relação jurídica*, vol. II, 7.^a Edição, reimpressão. Coimbra: Almedina.
- ANDRADE, M. C. (2009). A propriedade fiduciária. *Separata do II Seminário Luso-Brasileiro de Direito Registral* (Coimbra – 10 e 11 de Maio de 2007), Centro de Estudos Notariais e Registas, Instituto de Registro Imobiliário do Brasil. Coimbra: Coimbra Editora.
- Ascensão, J. (1968). *Tipicidade dos direitos reais*. Lisboa: Livraria Petrony.
- BARRIERE, F. (2013). La fiducie – Sûreté en droit français. *McGill Law Journal – Revue de Droit de McGill*, vol. 58, n.º 4. Retirado de http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/28992-Article__6___Barriere_2.pdf.
- BOTTINI, P. & LAVAZZARI, G. (2012). Analisi del negozio fiduciario in Svizzera. *Autonomia privata e affidamenti fiduciari*, Giappichelli Editore. Retirado de https://www.baerkarrer.ch/publications/16_52_331Capitolo2Sezione6Bottini219-244.pdf.
- CAMPOS, D. (1998). A alienação em garantia. In *Estudos em homenagem ao Banco de Portugal, 150.º Aniversário (1846-1996)*. Lisboa: Banco de Portugal.
- CAMPOS, M. (2009). *A reserva de propriedade: Do vendedor ao financiador*. Coimbra: Coimbra Editora.
- CARVALHO, O. (1953). Negócio jurídico indireto. *Boletim da Faculdade de Direito*, Suplemento X. Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora.
- CARVALHO, O. (2012). *Direito das coisas*. Coimbra: Coimbra Editora.
- COELHO, F. (2015). *Contratos complexos e complexos contratuais*. Coimbra: Coimbra Editora.
- CORDEIRO, A. (2014). *Direito bancário*, 5.^a Edição rev. e at. Coimbra: Almedina.
- CORDEIRO, A. (2010). *Tratado de direito civil português*, Tomo IV. Coimbra: Almedina.
- COSTA, M. (1994). *Direito das obrigações*, 6.^a Edição rev. e at.. Coimbra: Almedina.
- DAMY, M. (s.d). L'introduction de la fiducie en droit français par la loi du 19 février 2007. *Le Blog by Wengo*. Retirado de <https://www.wengo.fr/juridique/blog/1358163/2808-l-introduction-de-la-fiducie-en-droit-francais-par-la-loi-du-19-fevrier-2007>.
- DIAS, G. (2007). A reserva de propriedade. In *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, vol. III, Direito das Obrigações. Coimbra: Coimbra Editora.
- EPIFÂNIO, M. (2016). *Direito da insolvência*, 6.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- FERNANDES, L. (2004). A admissibilidade do negócio fiduciário no direito português. In *Estudos sobre a simulação*. Lisboa: Quid Juris.
- FERNANDES, L. & CARVALHO, J. (2005). *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, vol. I (Artigos 1.º a 184.º). Lisboa: Quid Juris.

FERREIRA, M. (2016). *A face oculta dos privilégios creditórios: Reflexão crítica sobre a sua intervenção no concurso de garantias reais*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

GRAÇA, D. M. (2010). *Os contratos de garantia financeira*. Coimbra: Almedina.

GRASSETTI, C. (2017). Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico. *Riv. Dir. Comm.*, 1936. Retirado de http://www.academia.edu/33042492/Cesare_Grassetti_Del_negozio_fiduciario_e_della_sua_ammissibilit%C3%A0_nel_nostro_ordinamento_giuridico_1936.

Giglio, D. (2016). Il divieto del patto comissório ed il problema delle alienazioni in funzione della garanzia, alla luce delle novità introduce dal D.L. 3 maggio. *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*. Retirado de http://www.giureta.unipa.it/phpfusion/images/articles/2016/13_Giglio_DirPriv_07112016.pdf

GOMES, M. (2000). *Assunção fidejussória de dívida: Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*. Coimbra: Almedina.

GOMES, J. (2004). Sobre o âmbito da proibição do pacto comissório, o pacto comissório autónomo e o pacto marciano. *Cadernos de Direito Privado*, n.º 8. Braga: CEJUR.

GONZÁLEZ, J. (2012). Alienação em garantia e negócios afins: Delimitação de fronteiras. *Lusíada.Direito*, n.º 10. Universidade Lusíada Editora. Retirado de <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/191>.

HÖRSTER, H. (2000). *A parte geral do Código Civil Português – Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina.

JUSTO, A. (2003). Direito privado romano II (direito das obrigações). *Studia Iuridica*. Coimbra: Coimbra Editora.

LEITÃO, MENEZES (2012). *Garantias das obrigações*. Almedina: Coimbra.

LIMA, P. & VARELA, A. (1984). *Código Civil anotado*, vol. III (Artigos 1251.º a 1575.º), 2.ª Edição rev. e at. Coimbra: Coimbra Editora.

LIMA, P. & VARELA, A. (1986). *Código Civil anotado*, vol. II (Artigos 762º a 1250º), 3.ª Edição rev. e at., Coimbra: Coimbra Editora.

LIMA, M. (2014). Breves considerações sobre a importância da alienação fiduciária em garantia e a necessidade de uma nova interpretação do pacto comissório. *Civilística.com*. Retirado de <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Lima-civilistica.com-a.3.n.1.2014.pdf>.

MARIANO, J. (2014). *Impugnação pauliana*. Coimbra: Almedina.

MARQUES, J. (2001). Locação financeira repositiva (sale and lease-back) e a proibição dos pactos comissórios – negócio fiduciário, mútuo e ação executiva. *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 77. Coimbra: Universidade de Coimbra.

MARTINEZ, P. & PONTE, A. (2006). *Garantias de cumprimento*, 5.ª Edição. Coimbra: Almedina.

MATOS, I. (2006). *O pacto comissório: Contributo para o estudo do âmbito da sua proibição*. Coimbra: Almedina.

MATTA, T. (2007). Da garantia fiduciária no âmbito do sistema financeiro. *In Garantias das obrigações – Publicação dos trabalhos de mestrado*. Coimbra: Almedina.

PIRES, C. (2010). *Alienação em garantia*. Coimbra: Almedina.

PIRES, M. (2004). *Dos privilégios creditórios: Regime jurídico e sua influência no concurso de credores*. Coimbra: Almedina.

POMPEO, V. (2010). *La frode alla legge nel diritto interno e l'uniformazione europea della disciplina dei contratti* (tese de doutoramento em Direito privado per l'Europa). Università degli Studi Roma. Retirado de http://dspace.roma3.caspur.it/bitstream/2307/640/1/La%20frode%20alla%20legge%20nel%20diritto%20interno%20e%20l'uniformazione%20europea%20della%20disciplina%20dei%20contratti_.pdf.

ROPPO, E. (2004). *O contrato*. Coimbra: Almedina.

SANTOS, J. (1921). *A simulação em direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora.

SCOZZAFAVA, O. (2006). Note in tema di alienazione a scopo di garanzia. *Contratto e impresa*. Retirado de <https://art.torvergata.it/retrieve/handle/2108/63509/114208/Note%20in%20tema%20di%20alienazione%20a%20scopo%20di%20garanzia.pdf>.

SERRA, A. (1955). Cessão de créditos ou de outros direitos. *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, número especial.

SERRA, A. (1960). Direito das obrigações (com exceção dos contratos em especial), anteprojecto. *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*.

SILVA, J. (1996). Garantias acessórias e garantias autónomas. In *Estudos de direito comercial (pareceres)*. Coimbra: Almedina.

SILVA, J. (2000). Contratos coligados, venda em garantia e promessa de revenda. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 133, n.ºs 3911 e 3912, Junho-Julho.

SILVA, J. (2013). *Banco, bolsa e seguros – Direito europeu e português*, Tomo I, Parte Geral, 4.^a Edição rev. e at. Coimbra: Almedina.

TELES, I. (1965). *Manual dos contratos em geral*, 3.^a Edição. Coimbra: Almedina.

TELES, I. (1982). *Direito das obrigações*, 4.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

TOMÉ, M./ CAMPOS, D. (1999). *A propriedade fiduciária (trust): Estudo para a sua consagração no Direito Português*. Coimbra: Almedina.

VARELA, J. M. A. de (2003). *Das obrigações em geral*, vol. 1, 10.^a Edição rev. e at. Coimbra Almedina.

VASCONCELOS, L. (2007). *A cessão de créditos em garantia e a insolvência – Em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente*. Coimbra: Coimbra Editora.

VASCONCELOS, L. (2007). A venda a retro como instrumento de concessão de crédito garantido: Do direito civil ao direito bancário. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Retirado de <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/60794/2/49696.pdf>.

VASCONCELOS, L. (2010). *Direito das garantias*. Coimbra: Almedina.

VASCONCELOS, P. (1985). *Em tema de negócio fiduciário* (dissertação apresentada no Curso de Pós Graduação em Ciências Jurídicas). Retirado de

<https://static1.squarespace.com/static/563487a1e4b01aa792817ed1/t/5a577e029140b755af5bf69b/1515683334332/1985+-+EM+TEMA+DE+NEG%C3%93CIO+FIDUCI%C3%81RIO.pdf>.

VASCONCELOS, P. (1995). *Contratos atípicos*, 2.^a Edição. Coimbra: Almedina.

VENTURA, R. (1987). Contrato de compra e venda no Código Civil. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 43.

VIEIRA, J. (2008). *Direitos reais*. Coimbra: Coimbra Editora.

Jurisprudência citada²³²

Ac. do STJ de 02/02/1999, proc. n.º 99B670, relator Simões Freire.

Ac. do STJ de 11/5/2006, proc. n.º 06B1501, relator Salvador da Costa.

Ac. do TRC de 18/7/2007, proc. n.º 22/06.8TBSBG.C1, relator Jorge Arcanjo.

Ac. do STJ de 16/3/2011, proc. n.º 279/2002.E1.S1, relator Lopes do Rego.

Ac. do TRP de 5/2/2013, proc. n.º 4867/06.0TBVLG.P1, relatora Márcia Portela.

Ac. do STJ de 30/9/2014, proc. n.º 844/09.8TVLSB.L1.S1, relator Maria Clara Sottomayor.

²³² Toda a jurisprudência citada pode ser consultada em www.dgsi.pt.

O IVA e as Operações Intracomunitárias

**O princípio da origem e o princípio do destino ou ...
... como se costuram os princípios à medida dos tempos e dos
seus ensinamentos**

Bruno Miguel da Silva Gomes

Sob a orientação da Professora Doutora Maria Odete Oliveira

Aos meus Pais

*“Caminante, son tus huellas el camino y nada más;
Caminante, no hay camino, se hace camino al andar.
Al andar se hace el camino,
y al volver la vista atrás se ve la senda que nunca se ha de volver a pisar.
Caminante no hay camino sino estelas en la mar.”*

António Machado y Ruiz. Poeta. Espanha. 1875/1939

Agradecimentos

Aos meus pais, pelo amor, compreensão, confiança e, acima de tudo, por todos os sacrifícios que fizeram para que pudesse iniciar e terminar esta etapa da minha vida. Devo-lhes este especial agradecimento por isso e muito mais. São um exemplo para mim.

À Professora Doutora Maria Odete Oliveira, a quem devo o meu especial gosto pelo IVA, pela sua genuína preocupação com o sucesso deste trabalho, pela sua dedicação e correção com que sempre me tratou. Levá-la-ei como modelo de genuinidade, generosidade e capacidade de trabalho.

À Sra. Ermelinda, por toda a preocupação e por todos os conselhos. Foi, sem dúvida, uma das pessoas mais importantes neste meu percurso.

À minha irmã e à minha madrinha, por terem sido um grande apoio para a minha mãe e me permitirem, não poucas vezes, estar ausente mesmo estando presente.

À minha restante família, por todo o carinho e palavras de incentivo.

Resumo

A introdução do imposto sobre o valor acrescentado (IVA) como modelo comunitário de tributação do consumo no espaço comunitário europeu representou um importante contributo para a construção europeia e influenciou o mundo fiscal quanto às virtualidades de um tal modelo. Ao longo de um percurso de 50 anos, o IVA foi-se conformando à sua aplicação por todos os Estados-Membros daquele espaço integrado, tendo sido objeto de alterações legislativas, interpretações doutrinárias e jurisprudenciais, e adaptações aos novos contornos da economia globalizada e digitalizada. Mas o desafio sempre foi, e continua a ser, a sua compatibilidade com a realização de um mercado único europeu onde os cidadãos em geral e os operadores económicos em particular atuem de forma idêntica àquela com que lidam dentro das fronteiras territoriais do Estado-Membro onde residem, o que depois de vicissitudes várias parece estar em vias de concretização. São aqueles caminhos e esta meta que agora se vislumbra que informam o trabalho desenvolvido.

Palavras-chave: IVA; Diretiva e Regulamento; Regime transitório; Regime definitivo.

Abstract

The introduction of VAT as the Community model of consumption taxation in the European Community area has played an important role in the process of European integration and has influenced the taxing world as to the possibilities of such a model. Over the course of 50 years, VAT has been successively shaped in its application by all the Member States of the integrated space and subject to legislative changes, doctrinal and jurisprudential interpretations and adaptations to the new contours of the globalized and digitalized economy. But the main challenge has always been, and still is, its compatibility with the effective operation of a single European market, where citizens in general and economic operators in particular act in the same way as they deal within the territorial borders of the Member State in which they reside, which, after several ups and downs, seems to be on the verge of happening for good. Those paths and this goal that now is glimpsed found the work developed.

Keywords: VAT; Directive and Regulation; Transitional regime; Definitive system.

Lista de siglas e abreviaturas

B2B	<i>Business to Business</i>
CEE	Comunidade Económica Europeia
CVAT	<i>Compensating VAT</i>
GCT	<i>General Consumption Tax</i>
GST	<i>Goods and Services Tax</i>
IVA	Imposto sobre o Valor Acrescentado
LOSS	<i>Large One Stop Shop</i>
MOSS	<i>Mini One Stop Shop</i>
OEA	Operadores Económicos Autorizados
OSS	<i>One Stop Shop</i>
PME	Pequenas e Médias Empresas
RT VAT	<i>Real Time VAT</i>
SPC	Sujeito Passivo Certificado
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TVA	<i>Taxe sur la Valeur Ajoutée</i>
UE	União Europeia
VIES	<i>VAT Information Exchange System</i>
VIVAT	<i>Viable Integrated VAT</i>

ÍNDICE

1. Introdução. Nascimento e expansão do Imposto sobre o Valor Acrescentado	8
2. Os princípios informadores do imposto	10
3. O IVA comunitário: confirmação dos princípios	13
4. A realização do Mercado Interno e o regime transitório	18
5. Contribuições para reformar o IVA europeu rumo a um sistema definitivo que concretize as aspirações europeias de sempre	29
6. Conclusões	35
Bibliografia	38

1. Introdução. Nascimento e expansão do Imposto sobre o Valor Acrescentado

Na Alemanha, a necessidade de financiar as despesas da Primeira Guerra Mundial levou à instituição, em 1916, de um imposto sobre as transações de mercadorias, de natureza cumulativa, e que, em 1918, viria a ser alargado às prestações de serviços. Os seus efeitos cumulativos nefastos suscitaram fortes críticas na época, vindas sobretudo das grandes corporações económicas. *Carl Friedrich von Siemens*, homem de negócios alemão e à época deputado, decide então propor, nos anos vinte, a sua reforma direcionada para incidir unicamente sobre a diferença entre os *inputs* e os *outputs* das empresas, pondo-se, desta forma, termo à cumulação do imposto. A proposta não teve sucesso junto do parlamento, mas estava construída a primeira elaboração teórica do imposto sobre o valor acrescentado (IVA), na construção jurídica que o suporta¹.

À semelhança do que sucedeu na Alemanha, também em França seriam os efeitos da Primeira Guerra Mundial a obrigar ao ensaio, no ano de 1917, de um imposto sobre as vendas a retalho, o qual suscitou as maiores dificuldades de fiscalização, instituindo-se, por isso, em seu lugar, corria o ano de 1920, um imposto sobre as transações, plurifásico e cumulativo, que, embora de mais fácil aplicação do ponto de vista administrativo e mais atraente do ponto de vista da receita, gerava efeitos cumulativos perniciosos similares aos acima apontados. Em 1936 passa-se, então, para um imposto monofásico sobre os produtores, gravando os bens num único estágio, o da produção, e sendo devido no momento em que os bens se pudessem considerar acabados, ficando as transações a montante sujeitas a um regime de suspensão. Desta forma se conseguia minorar os efeitos cumulativos da imposição em cascata do antigo imposto sobre as transações, com uma técnica que permitia aos operadores económicos sujeitos a tributação adquirir, sem imposto, as mercadorias fisicamente consumidas na sua atividade. Todavia, e porque a suspensão não se estendia aos bens capitais, continuavam a gerar-se efeitos cumulativos não queridos, pelo que aquela mecânica e esta vontade ditaram a sua progressiva transformação e serviram de base à criação do primeiro IVA. Em 1948, o regime de suspensão é substituído por um sistema em que todos os operadores ficam obrigados a liquidar imposto sobre as vendas, mas deduzindo agora o imposto liquidado pelos respetivos fornecedores – um mecanismo de crédito de imposto, ainda que restrito, limitado à venda de bens fisicamente consumidos na produção. Em 1954, em grande parte devido aos esforços de Maurice Lauré, o direito à dedução é estendido às despesas de investimento (v.g., compra de bens de equipamento) e, com isto, surgia a *taxe sur la valeur ajoutée* (TVA), na modalidade de *taxe à la production*, o primeiro imposto assim

¹ Vasques, 2015, pp. 43-44.

denominado. A evolução do IVA só estaria, porém, completa no ano de 1966, quando a *taxe sur la valeur ajoutée* é estendida às prestações de serviços, pondo-se termo à sua tributação cumulativa, ao mesmo tempo que o imposto é alargado até ao estágio do comércio a retalho. Ou seja, a França viria a tornar-se o primeiro país a aplicar um IVA com as características essenciais com que hoje o conhecemos².

Sem esquecer que “um dos mais importantes contributos para a adoção do IVA à escala internacional foi dado por Carl Shoup (...), professor norte-americano, que em 1949 proporia, embora sem sucesso, a implementação do IVA no Japão”³, e que seria um dos membros do Comité Fiscal e Financeiro que, em 1962, o propôs, no Relatório Neumark, como modelo comunitário de tributação das transações. Comité, este, criado por decisão de 5 de abril de 1960, com o objetivo de estudar em que medida as disparidades fiscais então existentes entre os Estados-Membros impediam a instauração de um mercado comum e quais as possibilidades de eliminar essas disparidades⁴, e que veio a apresentar um relatório, o Relatório Neumark, que, no essencial, e para o que aqui e agora nos interessa, condenava as características⁵ dos então generalizados impostos cumulativos, recomendando a sua abolição e a sua substituição por um imposto sobre o valor acrescentado, de estrutura harmonizada nos seus elementos essenciais para uma maior consistência do sistema⁶. Aqueles impostos, afirmava-se no Relatório, tinham o inconveniente de provocar distorções da concorrência no interior das respetivas economias nacionais, estimulando artificialmente a integração vertical dos circuitos económicos, além de desvirtuarem o comércio internacional pela impossibilidade de calcular, com exatidão, a carga fiscal final para um bem determinado, indispensável a uma correta aplicação dos ajustamentos fiscais exigidos pelo princípio do destino⁷.

O modelo IVA assegurava cumulativamente a neutralidade no tratamento das transações internacionais em geral, e entre os países da Comunidade Económica em particular, e também a neutralidade nas transações internas, a que acrescia o facto de não ser um imposto de todo alheio à experiência fiscal dos Estados-Membros, razões que se afiguravam promissoras relativamente aos objetivos pretendidos com a construção europeia. Foi por isso escolhido como modelo comunitário de tributação das transações.

Neste contexto, foram adotadas pelo Conselho, em abril de 1967, a Primeira e a Segunda Diretivas IVA, seguindo, em larga medida, o programa traçado pelo Relatório

² Vasques, 2015, pp. 45-46. Ainda, Basto, 1991, pp. 43-44.

³ Vasques, 2015, p. 46. Segundo Beyer, 1992, p. 397. Embora a lei IVA tivesse sido aprovada em 1950, a grande variedade de ajustamentos e moratórias reclamados pelos operadores económicos ditaram a sua revogação em 1954.

⁴ Basto, 1991, p. 15.

⁵ Nestes impostos, a carga fiscal global de um bem no momento em que chega ao estágio final de consumo depende da extensão do respetivo circuito de produção e distribuição.

⁶ Basto, 1991, p. 16.

⁷ Vasques, 2015, p. 48 e Pinto, 2011, p. 21.

Neumark. A Primeira (Diretiva 67/227/CEE) exigia que os Estados-Membros introduzissem, o mais tardar no dia 1 de janeiro de 1970, um sistema comum de IVA, substituindo os sistemas de impostos sobre o volume de negócios então existentes. Por sua vez, a Segunda (Diretiva 67/228/CEE) estabelecia a estrutura comum do novo imposto⁸.

A neutralidade e produtividade fizeram com que o modelo IVA se viesse a tornar o mais relevante imposto geral sobre o consumo da modernidade. Se, na década de 60 do século passado, a sua expansão começou de forma algo tímida, a partir daí o imposto rapidamente se difundiu, sendo que hoje mais de 160 países em todo o mundo possuem um sistema IVA/GST/GCT⁹. E nem mesmo alguns aspetos menos positivos do imposto impediram que este se propagasse à escala mundial, contando-se em poucas dúzias os países que não o adotaram¹⁰.

2. Os princípios informadores do imposto¹¹

O IVA proposto no Relatório Neumark como modelo comunitário de tributação do consumo assenta num conjunto de princípios de que importa dar conta.

Antes de mais, deveria ser um imposto geral de consumo, desenhado para atingir a generalidade das despesas de consumo (genericamente todos os bens e serviços – máxima base), e não, apenas, um particular tipo de despesa, não obstante a consagração de um conjunto, limitado, de isenções, reservadas a situações justificadas por razões de política social ou de carácter técnico, para diminuir a sua regressividade e simplificar a sua aplicabilidade¹².

Operaria por recurso ao método indireto subtrativo, do crédito de imposto ou das faturas, o qual constituiria a construção jurídica e a sua trave-mestra. No fundo, o IVA mais não seria do que um imposto sobre as operações a jusante com crédito de imposto a montante – o imposto suportado nas compras de bens (e serviços) de consumo intermédio –, exigindo-se-lhes apenas a entrega da diferença entre o imposto apurado nas vendas e o imposto suportado nas compras, num determinado período temporal. O crédito de imposto seria um crédito integral, a significar extensão do direito à dedução a todos os *inputs* utilizados, incluindo o dos bens de investimento, o que claramente

⁸ Pinto, 2011, p. 22 e Vasques, 2015, pp. 50-51.

⁹ Denominado IVA na Europa comunitária, realçando a sua mecânica, foi depois renominado, em países saxónicos, como GST (*Goods and Services Tax*), privilegiando a sua abrangência sobre bens e serviços, ou como GCT (*General Consumption Tax*), como imposto geral de consumo, num conjunto de países essencialmente do continente africano.

¹⁰ Vasques, 2015, pp. 17 e 39-41.

¹¹ Seguimos de perto os ensinamentos de Basto, 1991, pp. 18-20, 30-31, 44-45, 54-55, 56-61, 81-88, 90, 95-98, 98-107.

¹² Vasques, 2015, pp. 17 e 49.

favoreceria o investimento, crédito esse a ser exercido de imediato, i.e., de natureza financeira e não económica.

Atuando o imposto desta forma, o encargo fiscal repartir-se-ia pelos diferentes operadores do circuito económico num sistema de pagamentos fracionados, com a vantagem de fazer diminuir a resistência dos sujeitos passivos (para os quais, aliás, o imposto não é um custo de exploração), de diminuir a tendência à evasão fiscal, uma vez que cada operador passaria a ter interesse em obter do respetivo fornecedor a correspondente fatura ou documento equivalente indispensável ao exercício do direito à dedução, e de assegurar, para os cofres públicos, a vantagem financeira inerente à arrecadação de montantes significativos de imposto antes da fase final de consumo propriamente dito. Teria a natureza de IVA do tipo consumo, a significar que apenas o consumo final deveria ser tributado, com a dedução de todo o imposto suportado nos *inputs* utilizados, incluindo nos bens de investimento.

Com esta mecânica, o IVA seria neutro perante o grau de integração vertical dos circuitos e perante o modo como o valor acrescentado se distribui pelas diferentes fases do circuito económico (ao contrário do que sucedia com a tributação cumulativa em vigor em cinco dos seis Estados fundadores da Comunidade Económica Europeia (CEE)¹³). O conteúdo fiscal dos bens não variaria consoante a maior ou menor extensão do processo de produção/distribuição, nem em função da repartição do valor acrescentado pelos diferentes operadores económicos, não havendo estímulo à integração vertical, e não havendo efeitos de cascata fiscal, nem de cascata de margens, em razão do facto de o imposto a montante não ser elemento do custo de produção e da margem de comercialização do operador dever ser aplicada ao custo de aquisição, imposto excluído. Em resultado desta mecânica, em que todo o imposto suportado é dedutível, o conteúdo fiscal dos bens determinar-se-ia, sempre, sem dificuldade: seria o resultante da aplicação da taxa do imposto ao valor do bem no estágio em que se encontrasse.

O IVA mostrava-se também neutro perante variações de taxa ao longo do circuito económico (neutralidade jurídica), garantindo sempre uma relação direta entre o valor da carga fiscal do bem e o montante do imposto pago, ou seja, independentemente da taxa a que fossem tributadas as transações anteriores, o que realmente determinaria a receita fiscal seria a taxa aplicada no último estágio, a aplicada na transação com o consumidor final. O IVA equivalia, economicamente, a um imposto monofásico cobrado na fase de retalho, à mesma taxa que a aplicável à transação entre o retalhista e o

¹³ A saber, Alemanha, Bélgica, Holanda, Itália e Luxemburgo. A França era o único país da CEE onde vigorava já um imposto sobre o valor acrescentado, ainda incipiente.

consumidor final, desconhecendo, porém, os inconvenientes que tornavam não atraente para os cofres públicos a tributação monofásica no retalho¹⁴.

Todo o exposto revela a neutralidade do IVA no tratamento das transações internas, as quais, sendo efetivamente tributadas, sempre permitirão a dedução a montante. A neutralidade é, contudo, posta em causa se forem concedidas isenções. É que a não liquidação em que se consubstancia a isenção tem como reverso a não concessão do direito à dedução do imposto suportado a montante. Cara e coroa da mesma realidade! Sendo assim, as isenções internas, representando derrogações ao princípio da neutralidade, são uma entorse ao sistema e, como tal, deveriam ser limitadas ao mínimo indispensável¹⁵.

Não assim nas isenções relativas às transações internacionais, vulgo exportações, pelos objetivos que com elas se pretendem. Ou seja, no comércio internacional, o princípio regente deveria ser o princípio do destino, comandando a divisão da soberania fiscal entre os Estados em matéria de tributação indireta do consumo: a competência para a tributação é atribuída ao país de destino (país de importação) dos bens, assegurando o país de origem que as suas exportações estariam livres de qualquer conteúdo fiscal, com os Estados exportadores a renunciarem à respetiva receita, e os Estados importadores a arrecadar a receita correspondente à tributação das importações, o que, aliás, se mostrava lógico e coerente com a natureza do imposto como imposto sobre o consumo.

Permitindo uma determinação exata do conteúdo fiscal do produto em qualquer estágio em geral, e, portanto, também naquele em que se verificasse a exportação ou a importação, os adequados ajustamentos fiscais poderiam ser feitos de forma rigorosa, assegurando uma “aplicação irrepreensível” do princípio do destino. Contrariamente ao que sucedia com os impostos cumulativos, onde o rigor dos ajustamentos era incontroável, pela impossibilidade de determinar com rigor o exato conteúdo fiscal dos produtos, pelo que os ajustamentos fiscais, tanto na exportação como na importação, tinham de ser objeto de estimativas, as quais sempre possibilitam “arranjos artificiais”, com os países a aproveitar a ocasião para subsidiar os exportadores, restituindo-lhes mais do que o exato conteúdo fiscal incorporado nos bens, ao mesmo tempo que o país importador, aplicando aos bens importados a mesma taxa média “aumentada” de imposto relativamente aos bens nacionais congêneres, discriminava contra bens importados.

¹⁴ Face à vulnerabilidade resultante de o cliente ser o consumidor final, dispensando habitualmente a emissão de fatura ou documento equivalente, defraudando a receita IVA e a tributação do rendimento no retalhista.

¹⁵ Vasques, 2015, pp. 49 e 109.

A realidade é idêntica com o IVA a funcionar num espaço económico integrado com fronteiras físicas e fiscais (CEE). O Estado-Membro exportador deveria assegurar que os bens exportados saíssem sem qualquer carga fiscal, a implicar não só que a transação não fosse tributada, como ainda que fossem restituídos impostos eventualmente incorporados no bem em fases anteriores do processo de produção/distribuição. O Estado-Membro importador, por sua vez, deveria tributar o bem importado em moldes idênticos aos dos produtos similares internamente produzidos.

Acreditava-se, porém, que a tributação no destino era apenas uma solução transitória para as transações entre os Estados-Membros da CEE, assumindo-se como objetivo último a tributação na origem, abolidas que fossem as fronteiras físicas e fiscais no contexto da criação de um mercado único europeu¹⁶. A criação de um mercado comum não era satisfatória com manutenção de fronteiras físicas e fiscais. O Relatório Neumark estabelecia um objetivo mais ambicioso: a adoção do princípio da origem no comércio intrabloco – princípio da origem restrito já que se manteria para o comércio com o resto do mundo o princípio do destino. Para tal afigurava-se necessário não só a criação de um mecanismo de compensação a favor do Estado de consumo¹⁷, como, também, que as taxas vigentes nos diferentes Estados-Membros fossem as mesmas ou muito aproximadas¹⁸.

3. O IVA comunitário: confirmação dos princípios

Em 1967, e face às recomendações do Relatório Neumark, a primeira e essencial tarefa era a de tornar obrigatória, para todos os Estados-Membros, a introdução do IVA como modelo comunitário de tributação geral do consumo. Tal foi alcançado através de duas Diretivas (conhecidas por Primeira e Segunda Diretivas IVA¹⁹), ambas de 11 de abril, e que seguiam muito de perto as recomendações contidas naquele Relatório. A Primeira traçava os princípios/linhas gerais²⁰ do sistema e exigia que os Estados-Membros introduzissem, o mais tardar dia 1 de janeiro de 1970²¹, um sistema comum de IVA, substituindo os sistemas então existentes²², definindo o IVA no seu artigo 2.º como (i)

¹⁶ Vasques, 2015, p. 49.

¹⁷ Só com a criação de um mecanismo de compensação seria assegurada ao Estado de consumo a tributação a que tem direito e que lhe permite conceder a necessária dedução aos sujeitos passivos envolvidos.

¹⁸ Sem, pelo menos, uma aproximação de taxas, a adoção do princípio da origem (restrito) seria muito mais complexa, mesmo deixando de lado os fenómenos de *cross border shopping* de menor importância...

¹⁹ Diretivas 67/227/CEE (harmonização da legislação dos Estados-Membros relativamente a impostos sobre o volume de negócios) e 67/228/CEE (harmonização da legislação dos Estados-Membros relativamente a impostos sobre o volume de negócios – estruturas e procedimentos para a aplicação de um sistema comum de IVA).

²⁰ Embora as duas Diretivas não consagrassem expressamente o princípio da neutralidade, o mesmo era assumido implicitamente como princípio estruturante do imposto, como demonstram os respetivos considerandos.

²¹ Prazo que viria a ser sucessivamente prorrogado pelas dificuldades sentidas pela Itália e pela Bélgica na sua implementação. Só em 1973 o IVA aparece em pleno em todos os nove Estados da Comunidade.

²² Pinto, 2011, p. 22; Basto, 1991, p. 18 e Vasques, 2015, p. 50.

um imposto geral sobre o consumo de bens e serviços, (ii) calculado pelo método indireto subtrativo, e (iii) aplicável até ao estágio do retalho, inclusive (embora se permitisse aos Estados-Membros não estender o imposto à fase do retalho, face às dificuldades de natureza prática e política que tal extensão poderia originar). A criação de um verdadeiro sistema comum foi o objeto da Segunda Diretiva²³, a qual estabelecia já a estrutura comum do novo imposto, fixando os seus elementos estruturantes, tais como as noções de transmissão de bens ou de prestação de serviços, muito embora concedesse ampla margem de liberdade aos Estados na conformação do novo imposto²⁴. Em matéria de isenções, por exemplo, o âmbito era deixado ao critério exclusivo do legislador nacional, bastando prévia consulta à Comissão Europeia. A extensão do IVA ao estágio do retalho tinha carácter facultativo, e a aplicação do imposto às prestações de serviços era apenas obrigatória relativamente às previstas no seu Anexo B, sendo que mesmo essas poderiam em certos casos ser consideradas isentas pelos Estados-Membros. A estes era ainda dada a faculdade de estabelecerem, com grande margem de manobra, regimes especiais quer para as pequenas empresas, quer para a agricultura. Por fim, e ainda no contexto exemplificativo, a Diretiva não fixava a estrutura de taxas nem o seu nível, deixando na disponibilidade dos Estados a sua conformação, estabelecendo apenas, como limite, que a taxa normal do IVA fosse igual para bens e serviços e que aos produtos importados fosse aplicável a mesma taxa aplicada internamente à entrega de bens semelhantes²⁵.

Ou seja, as primeiras Diretivas constituíam textos muito flexíveis, que vieram a resultar num concreto conjunto de IVAs com contornos assaz distintos nos diferentes Estados-Membros, muito embora se possa dizer que “cumpriram bem a sua função, promovendo a convergência de modelos numa comunidade sem convergência alguma, gerando um capital de confiança recíproca (...) e reduzindo os custos políticos da transição para um IVA verdadeiramente harmonizado”²⁶.

Foi em 1977 que se iniciou, verdadeiramente, o processo harmonizador, com a aprovação da Sexta Diretiva IVA²⁷. Esta Diretiva tinha em vista a instituição de uma base de incidência uniforme, como resultado da introdução de um novo sistema de recursos próprios do orçamento comunitário – aprovado em 1970²⁸ –, que incluía um recurso IVA, resultante da aplicação de uma taxa não superior a 1% a uma base tributável uniforme, base esta, à data, ainda por harmonizar²⁹.

²³ Basto, 1991, p. 19.

²⁴ Vasques, 2015, p. 51.

²⁵ Vasques, 2015, pp. 51-52 e Basto, 1991, pp. 23-24.

²⁶ Vasques, 2015, p. 52.

²⁷ Diretiva 77/388/CEE, de 17 de maio de 1977, habitualmente conhecida por Código Europeu do IVA, que embora de implementação até 1 de janeiro de 1978, o foi com um atraso generalizado de dois anos.

²⁸ Decisão de 21 de abril de 1970, sobre a passagem das contribuições estatais a um financiamento autónomo mediante recursos próprios – direitos niveladores agrícolas, direitos aduaneiros e um novo recurso IVA.

²⁹ Pinto, 2011, p. 24.

Para alcançar essa uniformidade, a nova Diretiva densificava os elementos essenciais do imposto e comprimia fortemente a margem de liberdade dos Estados na sua adaptação doméstica³⁰. Ela vinha “substituir” a Segunda Diretiva e pretendia alargar consideravelmente a base de incidência da sua antecessora. Para isso, não concedia, agora, a possibilidade aos Estados-Membros de excluir do âmbito de aplicação do imposto o setor retalhista; determinava a obrigatoriedade de tributação das prestações de serviços, sem possibilidade de uma tributação seletiva, e as isenções passavam a estar tipificadas, deixando a sua concessão de estar na disponibilidade dos Estados (não obstante um período transitório em que poderiam ser mantidas as limitações anteriormente criadas). As restrições ao direito à dedução saíam da disponibilidade dos Estados, com um período transitório durante o qual poderiam manter as que anteriormente tivessem criado. Os regimes especiais eram harmonizados nos seus elementos essenciais, estabelecendo-se regras básicas para a convergência progressiva dos regimes direcionados aos pequenos contribuintes³¹.

Se é com a aprovação desta Diretiva que o processo harmonizador verdadeiramente se inicia, a verdade é que a mesma “só aparentemente introduz uma verdadeira harmonização nas legislações dos Estados membros”³². De facto, a Sexta Diretiva consentia ainda aos Estados, em relação a numerosas disciplinas, a faculdade de as adotar, ou não; permitia múltiplas derrogações a alguns princípios de tributação; adiava a adoção de determinadas disciplinas a certas matérias; protelava a adoção de regimes comuns setoriais; e permitia a subsistência dos regimes especiais para as pequenas empresas, na condição de que tivessem sido anteriormente adotados pelos Estados³³. O resultado final foi o de que as legislações dos Estados-Membros se concretizassem “(n)um autêntico mosaico de disposições legislativas”³⁴. Em matéria de direito a dedução, o artigo 17.º/6 consentia aos Estados, até ao momento em que o Conselho o determinasse de forma expressa, a possibilidade de manterem todas as exclusões previstas na legislação nacional no momento da entrada em vigor da Diretiva; o mesmo com os regimes de isenção e os regimes de tributação das pequenas empresas que já estivessem em aplicação à data (artigo 24.º) e com os regimes especiais de tributação aplicáveis ao setor agrícola (artigo 25.º), com a possibilidade de os Estados poderem isentar de imposto as operações elencadas no Anexo F (que, segundo o disposto na Diretiva, deveriam ser tributadas (artigo 28.º/3/b)). Paralelamente, falhava a

³⁰ Pinto, 2011 e Vasques, 2015, p. 52.

³¹ Basto, 1991, p. 30; Pinto, 2011, p. 24 e Vasques, 2015, p. 53.

³² Alexandre, 1998, p. 226.

³³ Alexandre, 1998, p. 226.

³⁴ Alexandre, 1998, p. 226.

disciplina para bens em segunda mão e obras de arte³⁵, e continuava a dar-se aos Estados liberdade na estrutura de taxas e nos seus níveis que continuavam por fixar)³⁶.

Ora, embora a construção desta base de incidência uniforme tivesse em vista, sobretudo, a realização da União Aduaneira e o estabelecimento de um sistema de recursos próprios, a verdade é que a tentativa de harmonização que ela levava a cabo não se desligava completamente do objetivo, último, de abolição das fronteiras fiscais e da adoção do princípio da origem. Só que, como demos conta, a estrutura de taxas e os seus níveis continuavam por harmonizar/aproximar e, sem essa harmonização, ou, pelo menos aproximação, não seria possível a abolição das fronteiras e a passagem ao princípio da origem – passos, esses, essenciais para a realização do tão desejado Mercado Único³⁷. Mercado Único que, embora desde sempre no “subconsciente” da harmonização fiscal comunitária, só com o Ato Único Europeu “passou a ter uma bem precisa baliza temporal e a refletir-se de modo completo e expresso nos programas de harmonização fiscal da Comissão Europeia”³⁸. O Ato Único veio alterar a redação do artigo 99.º do Tratado CEE, consagrando o estabelecimento progressivo do Mercado Interno até 31 de dezembro de 1992, a significar um objetivo de médio prazo para a abolição das fronteiras fiscais e a adoção do princípio da origem³⁹.

A ocasião para propor a abolição das tão perturbantes fronteiras físicas e fiscais surgiu com a apresentação do Livro Branco sobre o Mercado Interno, onde se estabelecia, para tal, um programa de ação até ao ano de 1992, com adoção de três tipos de medidas: 1) a eliminação das barreiras físicas; 2) a remoção dos entraves técnicos; e, por fim, 3) a supressão das barreiras fiscais⁴⁰.

Para a supressão das barreiras fiscais seria necessário, em primeiro lugar, subordinar o IVA ao princípio da tributação na origem, passando as transações entre os Estados-Membros a serem tributadas como qualquer transação interna. A regra passaria a ser a da tributação no país da venda, aplicando-se o imposto que aí vigorasse, e permitindo-se ao cliente – sujeito passivo, estabelecido num Estado-Membro diferente, deduzir o imposto suportado nesse país (da venda)⁴¹. Em segundo lugar, teria de se instituir um mecanismo de compensação para garantir que o imposto cobrado ao cliente – sujeito passivo seria creditado ao Estado-Membro de destino⁴². Por último, teria que

³⁵ Falha esta que só veio a ser corrigida com a Diretiva 94/5/CE relativa ao regime aplicável aos “Bens em segunda mão, objectos de arte, de coleção e antiguidades”.

³⁶ Alexandre, 1998, pp. 227-228 e Vasques, 2015, p. 54.

³⁷ Basto, 1991, p. 172.

³⁸ Basto, 1991, p. 172.

³⁹ Basto, 1991, pp. 173-174.

⁴⁰ Pinto, 2011, p. 25.

⁴¹ Pinto, 2011, p. 26 e Vasques, 2015, pp. 55-56.

⁴² Como explica Basto, 1991, p. 178, os Estados importadores líquidos não aceitariam a abolição se isso significasse a perda de quantias financeiras importantes. Também, Vasques, 2015, p. 56 e Pinto, 2011, p. 26.

se proceder a uma aproximação das taxas de imposto, as quais deveriam variar “dentro de bandas de flutuação mais ou menos estreitas”⁴³.

Era grande a ambição! E, como diz o povo: “quando a esmola é grande, o pobre desconfia”, e os Estados-Membros desconfiaram, o que forçou a Comissão Europeia a maiores e mais concretos desenvolvimentos, apresentando em 1987 um novo pacote de propostas, as quais, todavia, acabariam por ser consideradas demasiado radicais e, como tal, geraram forte oposição.

Com o passar do tempo, e após (forçados e) sucessivos recuos por parte da Comissão, percebia-se que seria impossível rever, totalmente, o sistema IVA até 1992, levando o Conselho a adotar, em 1991, a Diretiva 91/680/CEE, com um novo quadro jurídico comunitário, muito distante daquele que era proposto no Livro Branco, mas que permitiu que as fronteiras físicas e fiscais fossem suprimidas na data estabelecida pelo Ato Único.

A Diretiva mantinha a aplicação do princípio do destino, sem, todavia, abandonar a aspiração pelo princípio da origem, reconhecendo simultaneamente a valia deste e as dificuldades da sua implementação. O “novo” regime do destino teria, consequentemente, um carácter transitório, estabelecendo-se a sua aplicação para um período de quatro anos⁴⁴ (de 1 de janeiro de 1993 a 31 de dezembro de 1996), findo o qual se passaria a um regime definitivo baseado na cobrança do imposto no país de origem⁴⁵.

O regime transitório permitia que as mercadorias circulassem, sem IVA, entre os Estados-Membros, sem controlos fronteiriços⁴⁶. A importação deixava de existir no interior da Comunidade⁴⁷ e era substituída por uma nova operação tributável, a aquisição intracomunitária, que consistia fiscalmente numa operação de débito-crédito realizada pelo próprio adquirente (sujeito passivo de IVA) e materializada na declaração periódica correspondente ao período da aquisição. Por sua vez, a anterior exportação, agora renominada como transmissão intracomunitária, continuaria a beneficiar de isenção completa⁴⁸.

As novas operações tributáveis – aquisições intracomunitárias e transmissões intracomunitárias – não poderiam, naturalmente, abranger os particulares. Para esses, avançava-se já para a tributação na origem, prevendo-se, no entanto, algumas exceções,

⁴³ Vasques, 2015, p. 56.

⁴⁴ Prevendo-se que o mesmo poderia ser prorrogado automaticamente até à entrada em vigor do regime definitivo.

⁴⁵ Vasques, 2015, p. 59 e Pinto, 2011, p. 28.

⁴⁶ Substituídos por um novo sistema eletrónico – o *VAT Information Exchange System* (VIES), ligando as administrações fiscais dos vários países para permitir um intercâmbio de dados (e respetivo controlo) assente nas informações prestadas pelos sujeitos passivos.

⁴⁷ Reservada, agora, ao comércio com o exterior da Comunidade.

⁴⁸ Pinto, 2011, pp. 28 e 42-43 e Basto, 1991, p. 208.

de que se destacariam as vendas à distância⁴⁹ e as vendas de meios de transporte novos⁵⁰, justificadas pelo facto de a aplicação do princípio poder conduzir a graves distorções fiscais face à significativa diferença entre os níveis de taxas praticados pelos Estados-Membros.

Para evitar distorções no funcionamento do mercado foi estabelecido um regime específico para as compras efetuadas pelo Estado e demais pessoas coletivas de direito público – ainda que no uso dos seus poderes de autoridade – ou por qualquer pessoa coletiva não qualificada como sujeito passivo ou sendo-o apenas se praticasse operações isentas sem direito a dedução. Para estes, o sistema previsto varia entre o seu tratamento como particulares (com a correspondente tributação na origem), sempre que não seja significativo o valor de tais aquisições, e a sua equiparação aos restantes sujeitos passivos, com tributação das respetivas aquisições intracomunitárias (princípio do destino), em situação contrária.

Prosseguia o objetivo de harmonização das taxas de tributação, motivando a aprovação da Diretiva 92/77/CEE, de 19 de outubro de 1992, embora o “estado da arte” pouco se tenha vindo a alterar. A Diretiva permitia aos Estados a fixação de duas taxas reduzidas, a par da taxa normal, estabelecendo, apenas, um limite mínimo de 5% para aquelas e um limite (também mínimo) de 15% para esta. As taxas reduzidas, de aplicação meramente facultativa, só poderiam abranger, se praticadas, um catálogo de bens e serviços previstos em anexo (Anexo H)⁵¹. Além disso, os Estados ficavam ainda autorizados a aplicar uma taxa muito, muito reduzida (mesmo de nível zero) para determinados bens de primeira necessidade e era dada aos Estados que se vissem obrigados em consequência da harmonização a aumentar em mais de dois pontos percentuais a sua taxa normal a possibilidade de aplicar uma taxa reduzida inferior ao limite mínimo atrás referido.

4. A realização do Mercado Interno e o regime transitório

Chegou 1993 e o regime, dito transitório, entrou em vigor. Ao mesmo tempo, também entrava em funcionamento o Mercado Interno, a significar a supressão dos controlos fronteiriços (físicos e fiscais) no comércio intracomunitário⁵².

Este regime, que se previa de curta duração, mas que acabou por se prolongar até aos dias de hoje, concretizava-se nos seguintes aspetos: (i) as transmissões intracomunitárias continuavam a beneficiar de isenção total, renunciando-se, todavia,

⁴⁹ Nas vendas à distância, deslocalizam-se as transmissões realizadas pelo fornecedor para o Estado-Membro do domicílio do cliente, exceto se for pouco significativo o seu volume.

⁵⁰ Para as aquisições de meios de transporte novos mantém-se a tributação no país de destino.

⁵¹ Vasques, 2015, pp. 59-60.

⁵² Basto, 1991, p. 208.

ao controlo da sua aplicação através de documentos alfandegários, exigindo-se em sua substituição faturas ou documentos de transporte emitidos pelos sujeitos passivos⁵³ a compradores também registados para efeitos de IVA noutros Estados-Membros, isto é, não liquidavam imposto, mas eram obrigados a declarar as suas vendas isentas e com direito a dedução do IVA suportado, identificando o número fiscal dos seus clientes⁵⁴; (ii) as anteriores importações (para um Estado-Membro mas provenientes de outro Estado-Membro) não eram tributadas enquanto tal, passando o facto gerador de imposto a ser não a entrada de bens mas sim a aquisição intracomunitária⁵⁵ realizada no país de destino, sem tributação pelos serviços alfandegários e com o imposto a ser exigido aos próprios adquirentes das mercadorias⁵⁶, os quais deviam aplicar às mesmas a taxa de IVA correspondente do Estado-Membro de consumo, como se houvessem comprado a alguém no interior desse Estado, e, sendo sujeitos passivos integrais, o imposto assim liquidado era dedutível, pelo que se limitariam, na declaração periódica de imposto, a liquidar e deduzir esse montante, realizando uma operação simultânea de débito-crédito, com dívida fiscal de zero⁵⁷; (iii) os controlos fronteiriços eram substituídos pelo sistema VIES⁵⁸, um sistema eletrónico de intercâmbio de informações IVA, com os Estados-Membros a trocarem informações relacionadas com as transações intracomunitárias e com acesso a dados relacionados com essas transações (por exemplo, os montantes envolvidos e a identificação dos adquirentes das mercadorias)⁵⁹.

O novo quadro jurídico comunitário instituído pela Diretiva 91/680/CEE devia, como dissemos, ter a duração de apenas quatro anos, passando-se depois a um regime definitivo assente na cobrança do imposto no país de origem. À cautela sempre se previa a sua prorrogação automática até à entrada em vigor do tão desejado regime definitivo (artigo 28.º M da Sexta Diretiva). Face à impossibilidade de chegar a um acordo sobre a decisão política de passagem para um regime definitivo, pondo fim ao regime transitório, ele mantém-se em vigor. Sendo certo que, no Relatório da Comissão sobre o Funcionamento do Regime Transitório do IVA aplicável ao Comércio Intracomunitário⁶⁰, de 1994, se reconhecia a valia do regime transitório no objetivo de supressão das fronteiras físicas dentro da União Europeia (UE), afirmando-se que:

⁵³ Basto, 1991, p. 208.

⁵⁴ Declaração via mapa recapitulativo a entregar às autoridades fiscais do seu Estado-Membro de fornecimento. A inerente isenção total ou completa depende da demonstração da efetiva saída dos bens e exige a verificação da qualidade de sujeito passivo do adquirente.

⁵⁵ Para que uma aquisição possa ser qualificada como intracomunitária deve existir transporte físico do bem do país de saída para o país de entrada e a transmissão deve ser efetuada entre sujeitos passivos do imposto, devidamente identificados para efeitos de IVA.

⁵⁶ Basto, 1991, p. 208.

⁵⁷ Basto, 1991, p. 208.

⁵⁸ Introduzido pelo Regulamento (CEE) n.º 218/92, de 27 de janeiro de 1992, hoje substituído pelo Regulamento (UE) n.º 904/2010, de 7 de outubro de 2010.

⁵⁹ Pinto, 2011, pp. 28 e 60.

⁶⁰ COM (94) 515 final, de 23/11/1994, p. 2.

(...) decorridos 22 meses de funcionamento, pode afirmar-se que as medidas adoptadas no âmbito do regime transitório permitiram à Comunidade ultrapassar o desafio que representava a manutenção da tributação no destino, assegurando simultaneamente a supressão efectiva dos controlos impostos, para efeitos fiscais, aquando da transposição de fronteiras internas.

A verdade é que, dois anos depois, em 1996⁶¹, a Comissão vinha reconhecer, pela primeira vez, as deficiências do regime transitório. Apontavam-se, essencialmente, como seus defeitos, os encargos impostos às empresas (*compliance costs*)⁶², as divergências na aplicação das regras em diferentes Estados-Membros⁶³ e os prejuízos atinentes aos novos fenómenos da fraude IVA inerente ao comércio transfronteiriço de bens circulando sem imposto no espaço comunitário.

Estas fragilidades reconhecidas na altura, em boa verdade, mantêm-se, e admitimos mesmo que se agravaram em grande medida. Continuam a ser problemas de grande atualidade, acrescendo a outros entretanto surgidos. Vejamos a matéria um pouco mais detalhadamente.

Começamos pelo problema da fraude. As novas regras estabelecidas em 1993, destinadas a adaptar o sistema do IVA ao Mercado Interno, se bem que tivessem a virtude de facilitar o fluxo de mercadorias e reduzir os custos para as empresas, dando-lhes uma vantagem de tesouraria de que não dispunham antes, com a tributação das importações com imposto só mais tarde recuperado, traduziram-se também numa oportunidade para os operadores fraudulentos tirarem partido do sistema, pelo facto de os bens entrarem sem IVA no país de destino, não sendo controlados na fronteira⁶⁴. O resultado foi o desenvolvimento de um esquema conhecido como fraude intracomunitária do operador fictício.

Trata-se de uma fraude materializada num subterfúgio caracterizado por implicar a existência de uma teia de operadores, estabelecidos em dois (ou mais) Estados-Membros, os quais, aproveitando-se do regime de isenção nas transações intracomunitárias, e da incapacidade dos Estados de controlarem o respeito pelo associado mecanismo de autoliquidação (ou *reverse charge*), efetuam diversas

⁶¹ COM (96) 328 final, de 10/7/1996.

⁶² Realçava-se que as obrigações decorrentes do regime transitório, aplicado às transações intracomunitárias, faziam aumentar os custos empresariais relativamente aos suportados nas transações domésticas.

⁶³ Face à quantidade de derrogações, opções, diferenças de taxas e regimes especiais existentes nos diferentes Estados-Membros e que contrariam a existência de um verdadeiro sistema comum de IVA.

⁶⁴ Mesmo antes do regime transitório entrar em vigor, já dizia Basto, 1991, p. 209: “[h]á que esperar que a sua remoção (...) não venha a significar distorções ao comércio que o sistema IVA com fronteiras já tinha praticamente eliminado”. “A prova da exportação (leia-se transmissão intracomunitária), que habilita afinal o exportador a não aplicar IVA na factura a um cliente de outro Estado membro, deixará de ser feita com intervenção das autoridades alfandegárias de cada Estado (...). A tentação de declarar ‘exportações fantasmas’, para firmas estrangeiras inexistentes, poderá crescer”.

operações (simuladas ou reais) em que um dos operadores (fictício ou real) não entrega ao Estado o imposto liquidado⁶⁵.

Diríamos, de forma simples, e exemplificando, que a fraude se processa da seguinte forma: um fornecedor, estabelecido no Estado-Membro I, denominado *conduit company* ou empresa de ligação, efetua uma transmissão intracomunitária a uma segunda empresa, estabelecida no Estado-Membro II, denominada operador fictício ou *missing trader*. Este operador, tirando partido da isenção de IVA nas transmissões intracomunitárias, revende os mesmos produtos no mercado nacional do Estado-Membro II, oferecendo preços muito competitivos. Pode fazê-lo porque embora aplique o IVA ao seu cliente não o entrega à administração fiscal, aumentando, assim, a sua margem de lucro. De seguida, desaparece sem deixar rasto, tornando impossível a cobrança dos impostos no Estado em que os bens ou serviços são consumidos⁶⁶.

Uma variante deste esquema consiste na hipótese de um cliente do operador fictício, designado intermediário ou *broker*, vender ou fingir vender os bens no estrangeiro, por vezes à empresa de ligação, reclamando junto da administração fiscal o IVA que pagou ao operador fictício. A mesma operação pode ser repetida numa forma circular, ficando assim conhecida como fraude carrossel⁶⁷.

Por vezes, as mercadorias não chegam sequer a circular, limitando-se a ocorrer a movimentação de faturas. A fraude pode assumir contornos mais complexos quando o operador fictício vende os bens a operadores-tampão, também denominados *buffers*, alguns dos quais podem ser alheios à fraude, para que a administração fiscal tenha mais dificuldade em identificar o esquema fraudulento⁶⁸.

Quando o fluxo circular inclui um país terceiro, o procedimento aduaneiro – que é o regime utilizado pelos importadores para beneficiarem de isenção de IVA quando as mercadorias importadas se destinam a ser transportadas para outro Estado-Membro – pode também ser usado para entravar a deteção das operações⁶⁹.

Inicialmente, a fraude do operador fictício ou fraude carrossel centrava-se em mercadorias de elevado valor e fácil transporte, como telemóveis, componentes eletrónicas para computadores, cartões telefónicos, etc., alastrando depois a outro tipo de bens (v.g. metais preciosos ou produtos petrolíferos), a elementos não corpóreos (créditos de carbono, gás, eletricidade ou certificados verdes) e, inclusive, aos serviços⁷⁰.

⁶⁵ Leite, 2014, p. 185.

⁶⁶ Relatório Especial (do Tribunal de Contas Europeu) n.º 24/2015 – *Luta contra a fraude ao IVA intracomunitário: São necessárias mais medidas*, p. 12.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 13.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Leite, 2014, p.183 e Relatório Especial n.º 24/2015 – *Luta contra a fraude ao IVA intracomunitário: São necessárias mais medidas*, p. 15.

Estima-se que os países da UE, de acordo com o último estudo financiado pela Comissão, tenham perdido um total de 152 mil milhões de euros, em 2015, de receitas do IVA⁷¹, ainda assim, ligeiramente melhor do que os valores apontados no anterior estudo para 2013, em que se estimavam perdas na ordem dos 170 mil milhões de euros, dos quais 50 mil milhões se deviam à fraude transfronteiras⁷².

Como resposta a este problema, em 31 de maio de 2006, a Comissão dirigiu um repto ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Conselho Económico e Social quanto à necessidade de ser adotada uma estratégia coordenada a nível europeu para reforçar e melhorar a luta contra a fraude fiscal, nomeadamente a luta contra a fraude ao IVA⁷³. Como resposta, o Conselho ECOFIN de junho de 2007 solicitou à Comissão propostas sobre medidas convencionais nesse âmbito e análise da viabilidade de duas medidas de longo alcance – a tributação das transações intracomunitárias e a introdução de um regime de *reverse charge* de carácter geral – já referidas pela Comissão na sua Comunicação de maio⁷⁴. O debate ao nível do ECOFIN, no primeiro semestre de 2008, acabou por reconhecer as dificuldades decorrentes da implementação daquelas medidas, tendo-se decidido que a Comissão daria prioridade às medidas convencionais⁷⁵.

É no seguimento do exposto que se introduzem as seguintes modificações ao sistema IVA: redução do prazo de entrega de declarações relativas às transações intracomunitárias e de troca de informações entre os Estados-Membros⁷⁶; estabelecimento da rede EUROFISC para funcionar como um sistema de troca de informação de transações consideradas de alto risco e como dispositivo multilateral e célere de alerta sobre eventuais fraudes⁷⁷; harmonização das regras relativas ao prazo de emissão de faturas e à exigibilidade do IVA em transmissões e aquisições intracomunitárias de bens⁷⁸ e reforço da assistência mútua entre Estados-Membros na cobrança de receitas fiscais⁷⁹ e na cooperação administrativa contra a fraude⁸⁰.

Mas, mesmo com estas modificações, a fraude não parava de aumentar, levando alguns Estados-Membros a solicitar uma derrogação ao regime geral de aplicação do

⁷¹ No entanto, este montante engloba também fatores como insolvências ou planeamento fiscal legítimo. Comunicado de imprensa, *Desvio do IVA: Países da EU perderam 152 mil milhões de euros em 2015, o que revela urgente necessidade de reforma do IVA*, Bruxelas, 28 de setembro de 2017.

⁷² Comunicado de imprensa, *Plano de ação em matéria de IVA: Comissão apresenta medidas destinadas a modernizar o IVA na UE*, Bruxelas, 7 de abril de 2016. Tem-se associado, frequentemente, a fraude IVA à criminalidade organizada, estimando-se que 40 a 60 mil milhões de euros de perda de receitas IVA por ano (estudo para 2013) seja causada por grupos que praticam esse tipo de criminalidade. Relatório Especial n.º 24/2015 – *Luta contra a fraude ao IVA intracomunitário: São necessárias mais medidas*, p. 36.

⁷³ Pinto, 2009, p. 129.

⁷⁴ Leite, 2014, p. 206.

⁷⁵ Pinto, 2011, p. 48.

⁷⁶ Diretiva 2008/117/CE e Regulamento (CE) 37/2009.

⁷⁷ Regulamento (UE) n.º 904/2010.

⁷⁸ Diretiva 2010/45/UE.

⁷⁹ Diretiva 2010/24/UE.

⁸⁰ Regulamento (UE) n.º 904/2010; Pinto, 2011, pp. 48-49 e Leite, 2014, pp. 206-208.

imposto tendo em vista a introdução nos respetivos ordenamentos jurídicos de um sistema de *reverse charge*, circunscrito a certos setores de atividade ou a bens mais propícios a este tipo de fraude. Em resposta, a Comissão decide apresentar uma proposta de Diretiva com o objetivo de dar a todos os Estados essa possibilidade⁸¹. O Conselho, no entanto, decidiu decompor a proposta, tendo, num momento inicial, aprovado apenas a introdução do sistema no setor das licenças para emissão de gases com efeito de estufa, o qual, à época, necessitava de uma resposta urgente⁸². Ainda assim, a fraude não parava de aumentar noutros setores, o que levou o Conselho a decidir alargar o âmbito de aplicação deste mecanismo, tendo aprovado, para o efeito, a Diretiva 2013/43/UE, de 22 de julho de 2013, na qual se dava aos Estados a possibilidade de aplicarem, a título opcional e temporário, esse mecanismo a determinados bens ou setores da economia tidos como mais propícios à fraude⁸³. Além disso, o Conselho decidiu fazer acompanhar esta medida de um mecanismo de reação rápida⁸⁴, também de caráter opcional e temporário, neste este tipo de fraudes⁸⁵, mecanismo caracterizado pela aplicação temporária do sistema de *reverse charge* a certos bens ou serviços, mediante autorização da Comissão, e que assegura uma tramitação mais célere comparativamente com o procedimento previsto no artigo 395.º da Diretiva IVA⁸⁶.

Também os Estados, a título individual, procuraram combater este fenómeno, ora tentando limitar o direito à dedução dos sujeitos passivos, ora tentando responsabilizá-los solidariamente⁸⁷. No entanto, o “teste de conhecimento” estabelecido pelo Tribunal de Justiça da UE (TJUE) no seu acórdão de 6/7/2006, proferido nos casos C-439/04 (*Axel Kittel*) e C-440/04 (*Recolta Recycling*) –, segundo o qual, quando a administração fiscal possa demonstrar que o cliente sabia ou devia saber que a sua aquisição fazia parte de um esquema fraudulento, poder-lhe-á negar o seu direito à dedução –, é de muito difícil aplicação prática, dada a dificuldade de comprovar a condição subjetiva na base da negação do direito à dedução⁸⁸. Além disso, exigir às empresas a verificação, numa base casuística, da legitimidade ou credibilidade dos seus parceiros comerciais colocaria em causa os princípios da confiança mútua em que a relação comercial assenta⁸⁹.

⁸¹ Ainda que limitada a certos bens e serviços, escolhidos a partir de uma lista previamente determinada.

⁸² Alegadamente, a fraude carrossel neste setor havia provocado uma perda de receita na UE avaliada em cerca de 5 mil milhões de euros. Pinto, 2011, p. 50.

⁸³ Entre esses bens e serviços incluíam-se, por exemplo, telemóveis, dispositivos de circuito integrado, fornecimento de gás e eletricidade a sujeitos passivos revendedores, serviços de telecomunicações, etc.

⁸⁴ Diretiva 2013/42/UE.

⁸⁵ Leite, 2014, pp. 208-210.

⁸⁶ Fernandes & Scolari, 2014, pp. 409-410.

⁸⁷ Com base na falta de substância económica das operações realizadas, apenas com a intenção de sonegar o imposto e utilizando complementarmente a cláusula de responsabilidade solidária do artigo 205.º da Diretiva.

⁸⁸ Só a evidência clara de que as partes estão ligadas fará com que a recusa do crédito do IVA não seja considerada desproporcionada.

⁸⁹ Pinto, 2011, pp. 51-52; Pinto, 2007; e também Leite, 2014, pp. 190-205.

Apesar de todos os esforços, e ainda que se tenha registado uma pequena melhoria, os valores em análise continuam inaceitavelmente elevados, exigindo-se uma resposta diferente e mais ambiciosa pela particular importância que assume⁹⁰, sobretudo após a crise financeira de 2008.

Clama-se reforma urgente do sistema IVA, considerando as medidas até agora tomadas simples panaceias: “destinam-se a prevenir e remediar as consequências da fraude, mas não agem no sentido de evitá-la *in toto*”⁹¹. Além disso, provocam efeitos colaterais materializados no aumento dos custos de cumprimento para as empresas⁹² e das despesas de controlo para as administrações fiscais⁹³.

Tratando-se de um tipo de fraude causada, essencialmente, pela isenção completa das transações intracomunitárias e pela não tributação dos serviços transfronteiriços, *business to business* (B2B), a solução parece reclamar a tributação desses fornecimentos.

Sem esquecer que a este problema da fraude se somou a dificuldade do sistema IVA em acompanhar os desafios da economia móvel, digital e global de hoje. O atual sistema enfrenta grandes dificuldades para dar resposta aos modelos empresariais inovadores e aos progressos tecnológicos no ambiente digital, apresentando-se como um sistema fragmentado e complexo para o número crescente de empresas que exercem atividades além-fronteiras⁹⁴.

No comércio eletrónico transfronteiras o sistema é complexo e oneroso tanto para os Estados-Membros como para as empresas. Para aqueles, a sua complexidade dificulta a garantia do cumprimento, originando perdas na ordem dos 3 mil milhões de euros por ano⁹⁵. Para as empresas, as complicações resultam de terem de lidar com uma multiplicidade de sistemas nacionais⁹⁶. A título meramente exemplificativo, o tratamento dos livros vendidos em suporte físico (seja papel ou meios audiovisuais) e os vendidos de forma totalmente digital, com os primeiros tributados a taxas reduzidas e, em certos casos, a taxas super-reduzidas, e os segundos que, não podendo beneficiar das taxas reduzidas, suportam a carga tributária correspondente à aplicação da taxa normal⁹⁷, a significar um obstáculo ao desenvolvimento do mercado das publicações

⁹⁰ Práticas que além de distorcerem a concorrência em benefício das empresas fraudulentas, e impedirem *qua tale* o Mercado Interno de funcionar corretamente, atentam contra as receitas dos Estados-Membros e contra as próprias receitas da União que sejam provenientes do IVA. Pinto, 2011, p. 44. Ainda Sarmiento & Santos, 2013, p. 179.

⁹¹ Leite, 2014, p. 216.

⁹² Tendo um impacto negativo sobre a sua competitividade internacional.

⁹³ Pinto, 2011, p. 50.

⁹⁴ COM (2016) 148 final, de 7/4/2016, pp. 3 e 4.

⁹⁵ COM (2016) 148 final, de 7/4/2016, pp. 5 e 6.

⁹⁶ COM (2015) 192 final, de 6/5/2015, p. 9.

⁹⁷ Isto deve-se ao facto de os Estados-Membros terem de fazer face a um processo moroso e difícil para estender a aplicação de taxas reduzidas a novos domínios, uma vez que todas as decisões devem ser tomadas por unanimidade. Cfr., COM (2016) 148 final, de 7/4/2016, p.12 e Comunicado de imprensa, *Comissão propõe novas normas fiscais para apoiar comércio eletrónico e empresas em linha na UE*, Bruxelas, 1 de dezembro de 2016.

eletrónicas⁹⁸. As empresas de comércio eletrónico tinham, inicialmente, de se registar para efeitos de IVA em todos os Estados-Membros nos quais vendam produtos, com um custo anual estimado em cerca de 8 000 euros em cada um desses países⁹⁹ e ainda uma desvantagem concorrencial para as empresas da UE¹⁰⁰ face aos fornecedores de países terceiros, que podiam entregar bens isentos de IVA aos consumidores UE ao abrigo da isenção na importação de pequenas remessas¹⁰¹. A expansão do comércio eletrónico reclamou, pois, uma nova abordagem em matéria de cobrança do imposto, cujo modelo permaneceu, na sua essência, inalterado desde a introdução do IVA. A modernização apontava para a exploração das oportunidades da tecnologia digital¹⁰², o que veio a acontecer como adiante demonstraremos.

Quanto às Pequenas e Médias Empresas (PME), com recursos mais limitados do que as grandes empresas, é relevante reduzir os custos de conformidade associados ao IVA na sua atuação no mercado europeu, o regime especial da Diretiva¹⁰³ não resulta adequado. Muito embora os Estados-Membros possam isentar as suas PME, estas continuam a confrontar-se com custos de conformidade desproporcionados devido à forma como a isenção foi concebida, já que as que praticam comércio além-fronteiras não podem beneficiar da isenção noutros Estados-Membros que não naquele onde se encontrem estabelecidas. Uma tal conceção da isenção, além de não fazer surtir a desejada diminuição dos custos de conformidade, provoca, naturalmente, distorções de concorrência¹⁰⁴, dissuadindo as PME de realizar operações além-fronteiras e de fruir ao máximo as oportunidades oferecidas pelo Mercado Único, suportando um custo de conformidade adicional estimado em 11 % por comparação com as empresas a operar unicamente dentro das fronteiras do seu Estado. Se elas já têm dificuldades em cumprir as obrigações nacionais em IVA¹⁰⁵, o cumprimento das obrigações noutros Estados-Membros constitui, quando atuem além-fronteiras, um entrave ainda maior devido à falta de harmonização em toda a UE, sendo que não dispõem dos recursos necessários para lhes fazer face, renunciando, muitas vezes, a entrar nesse mercado. Quando isto

⁹⁸ COM (2017) 566 final, de 4/10/2017, p. 5.

⁹⁹ Comunicado de imprensa, *Comissão propõe novas normas fiscais para apoiar comércio eletrónico e empresas em linha na UE*, Bruxelas, 1 de dezembro de 2016.

¹⁰⁰ O custo destas distorções para o volume de negócios das empresas da UE pode ir até 4,5 mil milhões de euros. COM (2015) 192 final, de 6/5/2015, p. 9.

¹⁰¹ Cujo valor seja inferior a 22 euros. COM (2016) 148 final, de 7/4/2016, p.6 e Comunicado de imprensa, *Comissão propõe novas normas fiscais para apoiar comércio eletrónico e empresas em linha na UE*, Bruxelas, 1 de dezembro de 2016.

¹⁰² COM (2016) 148 final, de 7/4/2016, pp. 7 e 8 e COM (2010) 695 final, de 1/12/2010, p. 6.

¹⁰³ “Regime especial das pequenas empresas”, título XII, capítulo 1.

¹⁰⁴ A aplicação da isenção restrita às empresas estabelecidas no Estado-Membro de fornecimento coloca em pé de desigualdade as outras empresas não estabelecidas nesse Estado que abasteçam o mesmo mercado.

¹⁰⁵ Devido à sua complexidade e diversidade.

acontece, a neutralidade económica do IVA deixa de estar garantida e o funcionamento do Mercado Único é gravemente comprometido¹⁰⁶.

Introduziram-se, no entanto, melhorias. Foi desenhado e implementado um mecanismo de balcão único¹⁰⁷ (*One Stop Shop*) para serviços prestados por via eletrónica (alargado depois, aos serviços de telecomunicações, radiodifusão e televisão¹⁰⁸), e instituiu-se um procedimento de reembolso mais célere do IVA a sujeitos passivos não estabelecidos no Estado-Membro de reembolso¹⁰⁹.

Mas continuava a sentir-se a “velhice” do sistema do IVA ¹¹⁰.

E, como dizia o escritor Mia Couto no Último Voo do Flamingo, “Contra factos tudo são argumentos”!

São bons argumentos para a reforma do IVA os “desafios cada vez mais prementes em termos de política fiscal”; a necessidade de adaptação à economia global, digital e móvel e às rápidas mudanças dos modelos de negócio e dos padrões de consumo; a necessidade de criação de ambiente de apoio à atuação transfronteiras das PME; e a necessidade de promoção de uma tributação justa e eficaz para as empresas emergentes, tudo em prole do desenvolvimento do Mercado Único¹¹¹. E um outro desiderato: diminuir a abundância de isenções¹¹² e operações fora de campo¹¹³ (com resultados económicos semelhantes), temáticas que são um importante vetor de discussão face ao IVA de países não comunitários. No IVA tradicional (o aplicado nos Estados-Membros da UE), as isenções têm um grande peso, enquanto no IVA moderno (o aplicado na Nova Zelândia, Austrália ou Canadá) as situações de isenção são limitadas. A grande amplitude de isenções, *maxime* para os entes públicos, saúde, educação e serviços financeiros, quebra, naturalmente, a neutralidade do IVA, gerando ineficiências de magnitude desconhecida, conduzindo a uma sobretributação das empresas e a uma subtributação dos consumidores finais, com uma fundamentação que, se assente em razões de maior

¹⁰⁶ COM (2018) 21 final, de 18/1/2018, pp. 1 e 2; COM (2017) 566 final, de 4/10/2017, p. 3 e COM (2011) 851 final, de 6/12/2011, p. 4.

¹⁰⁷ Que permite a transmissão de declarações e o pagamento do IVA por via eletrónica, sem ser necessário ao sujeito passivo – quer de um país da UE, quer de um país terceiro – registar-se para efeitos de IVA no país em que a operação é tributada. Mesmo realizando operações tributáveis em diversos países, todas as obrigações são cumpridas junto de uma única administração fiscal (que irá posteriormente encaminhar o imposto para aquela ou aquelas onde o imposto é devido).

¹⁰⁸ Diretiva 2008/8/CE.

¹⁰⁹ Este mecanismo foi instituído pela Diretiva 2008/9/CE. Os sujeitos passivos não estabelecidos no Estado-Membro de reembolso podem efetuar o seu pedido junto da administração fiscal do Estado-Membro no qual pagaram imposto (por força de uma aquisição de bens e/ou serviços aí efetuada), submetendo-o através do portal eletrónico da sua própria administração fiscal, a qual enviará o pedido à primeira, que decidirá se o mesmo é procedente, pagando-o ao reclamante, se for caso disso.

¹¹⁰ Pinto, 2011, pp. 59 e 60.

¹¹¹ COM (2017) 566 final, de 4/10/2017, pp. 4 e 5.

¹¹² As isenções encontram-se previstas no título IX da Diretiva IVA, sendo que as isenções internas (artigos 132.º a 137.º) são aquelas que mais nos interessam.

¹¹³ Algumas atividades dos organismos do setor público, ou consideradas de interesse público, não se encontram sujeitas a IVA. A Diretiva IVA trata das entidades públicas no seu artigo 13.º, estabelecendo regras que levam a que uma importante parte das suas atividades fiquem à margem da incidência do imposto. Vasques, 2015, p. 169.

equidade ou de mérito, se apresenta hoje questionável e, se ditada por razões técnicas se demonstra amiudadas vezes pouco convincente¹¹⁴. Experiências recentes, *v.g.* na Nova Zelândia, demonstram que muitas destas isenções são desnecessárias e confirmam o potencial de uma reforma de alargamento da base IVA¹¹⁵. Embora haja muitos aspetos práticos a requerer mais atenção, o movimento em direção a um tal sistema não apenas removeria distorções, como arrastaria, também, um substancial ganho de receita¹¹⁶ e/ou potenciais diminuições de taxas de tributação¹¹⁷.

A previsão dos especialistas na matéria é a de que “os sistemas de tributação dos principais países desenvolvidos evoluirão no sentido de se assemelharem cada vez mais”, com a expansão do IVA a ser oferecida como exemplo, já que uma análise aprofundada dos sistemas IVA revela divergências significativas na prática – os fatores históricos que levaram a múltiplas isenções¹¹⁸ (e a múltiplas taxas) no IVA tradicional europeu não estão presentes na maioria das jurisdições fora da eu, com os adotantes de um modelo moderno de IVA a conseguirem evitar aquelas características do IVA tradicional, na maioria das vezes limitando substancialmente o número de isenções (e adotando taxas únicas)¹¹⁹.

¹¹⁴ Isenções cuja interpretação restritiva provoca incerteza jurídica, com jurisprudência do TJUE casuística e divergente. A mais sofisticada abordagem do TJUE (misturando argumentos de neutralidade fiscal e de interpretação restritiva), conjugada com a falta de vontade política em remover tais exclusões, cria incerteza jurídica. Refira-se, a propósito desta falta de vontade política, que foram apresentadas pelo menos três propostas com vista a suprimir a isenção aplicável aos serviços postais (COM (2003) 234 final), a delimitar o âmbito das operações abrangidas pela isenção aplicada aos serviços financeiros e de seguros (COM (2007) 746) e a alargar a opção pela sua tributação (COM (2007) 747), as quais, todavia, acabaram por ficar bloqueadas no Conselho. Pinto, 2011, pp. 36 e 37. Também, Vasques, 2015, p. 320.

¹¹⁵ Explorar alternativas à isenção é especialmente claro em relação aos serviços financeiros, não obstante a dificuldade em encontrar situações únicas, abrangentes.

¹¹⁶ São de variada ordem as críticas que se podem fazer à consagração de (uma grande amplitude de) isenções, *v.g.* as apontadas à influência na receita, quebra da neutralidade do imposto, complexidade administrativa e custos de gestão (com a interpretação daquilo que está isento, dos critérios que determinam a capacidade de dedução de entidades que, simultaneamente, realizam operações que conferem direito à dedução e operações que não o conferem e, ainda, na fiscalização de todas estas situações por parte das autoridades fiscais). Arnaldo, 2011, pp. 43-45.

¹¹⁷ COM (2010) 695 final, de 1/12/2010, p. 11.

¹¹⁸ A lista de isenções incluída na Sexta Diretiva e que transitou, no essencial, para a Diretiva IVA refletia, sobretudo, os monopólios públicos existentes na década de 70 do século passado, justificando-se, simultaneamente, o tratamento particular dos organismos públicos, cuja atividade era maioritariamente excluída do âmbito do imposto, com o facto de a iniciativa privada não fornecer o tipo de bens e serviços oferecidos no âmbito da esfera pública. Ora, como se sabe, a evolução económica e tecnológica alterou aquela realidade. O movimento ocorrido nos Estados-Membros rumo a uma crescente privatização e liberalização de atividades tradicionalmente reservadas ao setor público fez com que atividades desenvolvidas por entidades públicas e privadas fossem oferecidas mediante diferentes condições (já que as primeiras não aplicam IVA), o que deixa a porta aberta a graves distorções de concorrência e influencia decisões em matéria de despesa e investimento, uma vez que entidades que estão isentas de IVA, ou não abrangidas pelo seu âmbito de aplicação, têm interesse em limitar a externalização, a fim de evitarem o pagamento de IVA que não podem deduzir. Pinto, 2011, pp. 34 e 35. Ainda, COM (2010) 695 final, de 1/12/2010, p. 11.

¹¹⁹ O argumento para a utilização de taxas preferenciais (reduzidas) de IVA para ajudar os menos favorecidos é fraco, uma vez que existem melhores instrumentos de redistribuição disponíveis (*v.g.* subsídios ou subvenções). A aplicação de taxas reduzidas a determinados bens, nomeadamente alimentos, acaba por beneficiar os setores da população de rendimentos mais elevados, com capacidade para adquirir mais e melhores produtos. A maior parte dos IVA adotados nos últimos anos têm uma taxa única, não apenas na Austrália e na Nova Zelândia, mas também em vários países em desenvolvimento. Pinto, 2011, p. 40. Também COM (2011) 851 final, de 6/12/2011, p. 11. Certo é, porém, que mesmo estas isenções mais limitadas, face às soluções que lhes foram assignadas, não eliminaram custos económicos e administrativos,

Neste contexto, um debate sobre a adoção, por parte dos IVA tradicionais de tipo europeu, da abordagem dos IVA modernos com efetiva tributação (*versus* isenção) de fornecimentos específicos, deve ser bem informada – não apenas sobre as vantagens do modelo moderno de IVA, mas igualmente sobre as suas limitações, as suas fraquezas – e superá-las, no caminho de um IVA *post-modern*¹²⁰. Questão recorrente durante as mais recentes conferências sobre o IVA, particularmente no que diz respeito às isenções técnicas, é a definição de consumo. Em todas as análises sobre isenções técnicas, a chave, ao considerar projetos alternativos, tem sido o conceito de consumo. Ficou claro que um dos principais desafios do IVA pós-moderno será um tanto inesperado: não sobre propostas legislativas viáveis ou sobre consequências económicas, mas com uma natureza intrinsecamente filosófica – sobre a filosofia do imposto, o mesmo é dizer sobre a importância de como conceitualmente se deve definir o que constitui consumo para fins de um imposto sobre o consumo.

Verdade é que o sistema de IVA comunitário parece agora, por comparação com os sistemas de IVA desenhados mais recentemente, fora de moda, obsoleto, *i.e.*, desatualizado, sobretudo nos aspetos básicos do seu desenho e na estrutura de taxas. As diferenças são enormes na amplitude das isenções, no limiar para regimes especiais de pequenos contribuintes, nos mecanismos de obtenção de reembolsos/restituições, na natureza e disponibilidade de regimes simplificados, no número de taxas... A economia, com as suas grandes alterações, tornou várias das regras IVA inadequadas, com o IVA a começar a mostrar o peso da sua idade e a requerer um *check-up* aos seus aspetos essenciais e, se necessário, um tratamento moderno, à luz da experiência demonstrada com os IVA mais modernos.

Como resposta aos problemas identificados, a Comissão apresentou, a 7 de abril de 2016, um novo Plano de Ação¹²¹ em matéria de IVA¹²², em que se reconhecem expressamente os “defeitos” anteriormente apontados. Manter o *status quo* não é, cada vez mais, segundo a Comissão, uma opção. Acrescentar mais obrigações e controlos destinados a combater a fraude fará aumentar ainda mais os custos de conformidade e a incerteza jurídica, prejudicando o funcionamento do Mercado Único. Também uma simplificação fragmentada dificilmente dará resultado. É necessária uma reforma urgente.

Tendo em vista essa reforma, a Comissão anunciou a intenção de apresentar, em 2017, uma proposta de criação de regras definitivas IVA para um espaço único europeu.

levando algumas jurisdições do IVA moderno a explorarem alternativas pós-modernas, nomeadamente no domínio do setor financeiro, mas também no que diz respeito ao tratamento das PME e aos limiares de registo.

¹²⁰ Feria & Kreyer, 2012, pp. 1-36. Retirado de <http://www.sbs.ox.ac.uk>.

¹²¹ COM (2016) 148 final, de 7/4/2016.

¹²² Deixando de fora o problema relativo às isenções e operações fora de campo.

De acordo com as novas regras, as transações transfronteiriças continuariam a ser tributadas às taxas do Estado-Membro de destino (princípio do destino) como hoje acontece, mas a forma como o imposto é cobrado seria gradualmente alterada, por apelo a um “portal europeu”, a criar, simplificando o novo processo de cobrança para as empresas e tornando-o mais robusto.

Com isso, e com medidas que referiu ir propor, como reforço aos atuais instrumentos de luta contra a fraude, baseadas essencialmente num maior e melhor intercâmbio de informação, a Comissão acreditava poder reduzi-la em cerca de 40 mil milhões de euros (o equivalente a 80 %) por ano.

Por outro lado, anunciava a apresentação, até finais de 2016, de uma proposta legislativa de modernização e simplificação do IVA no comércio eletrónico transfronteiriço, no âmbito da Estratégia para o Mercado Único Digital¹²³; e de um vasto pacote de simplificação do IVA para as PME, a ser lançado no decorrer do ano de 2017, o qual, a par da nova Estratégia para o Mercado Único¹²⁴, permitiria criar um ambiente propício ao seu crescimento e favorável ao comércio transfronteiras.

Por fim, propunha a concessão de uma maior flexibilidade e autonomia aos Estados-Membros na determinação da sua política de taxas, face ao que hoje é a lista predefinida de bens e serviços para aplicação de taxa reduzida, apontando duas opções. Na primeira, a taxa normal mínima de 15% é mantida, assim como todas as taxas reduzidas e derrogações¹²⁵ atualmente existentes, devendo ser revista, periodicamente, a lista de bens e serviços aos quais pode ser aplicada uma taxa reduzida¹²⁶. Na segunda, todas as taxas reduzidas e derrogações atualmente existentes são mantidas e qualquer Estado pode a elas recorrer, mas tanto a taxa normal mínima de 15% como a lista de bens e serviços que podem beneficiar de taxas reduzidas são suprimidas¹²⁷.

5. Contribuições para reformar o IVA Europeu rumo a um sistema definitivo que concretize as aspirações europeias de sempre

Cumprindo o prometido no seu Plano de Ação sobre o IVA¹²⁸, em que anunciava, entre outras, a sua intenção de adotar um regime definitivo do IVA aplicável às trocas

¹²³ COM (2015) 192, de 6/5/2015.

¹²⁴ COM (2015) 550, de 28/10/2015.

¹²⁵ Que poderão, inclusive, ser incluídas na lista de taxas reduzidas opcionais, ficando, assim, à disposição de todos os Estados-Membros.

¹²⁶ Os Estados-Membros poderão dar o seu contributo para esta revisão periódica apresentado à Comissão os seus pontos de vista.

¹²⁷ Esta opção terá de implicar, necessariamente, a criação de salvaguardas que evitem a concorrência fiscal desleal, que garantam a segurança jurídica e que reduzam, simultaneamente, os custos de conformidade.

¹²⁸ *Plano de Ação sobre o IVA, Rumo a um espaço único do IVA na UE – Chegou o momento de decidir*, COM (2016) 148 final, já antes apresentado.

comerciais transfronteiras entre empresas baseado no princípio da tributação no Estado-Membro de destino dos bens, a Comissão incluiu no seu programa de trabalho para 2017¹²⁹ uma proposta legislativa para um regime definitivo do IVA à prova de fraude e mais simples para as trocas comerciais intra-União. Em 25 de maio de 2016, o Conselho, reiterando o seu próprio ponto de vista de que o princípio da “tributação, no Estado-Membro de origem, das entregas de bens ou prestações de serviços” deveria ser substituído pelo princípio da “tributação no Estado-Membro de destino” no âmbito do regime definitivo do IVA aplicável às operações entre empresas, tomou em conta as observações e o compromisso da Comissão Europeia feitos naquele Plano¹³⁰. Em 4 de outubro de 2017, a Comissão apresenta a sua *Proposta de Diretiva para alterar a Diretiva 2006/112/CE no que diz respeito à harmonização e simplificação de determinadas regras no sistema do imposto sobre o valor acrescentado e que estabelece o regime definitivo de tributação das trocas comerciais entre Estados-Membros*, COM (2017) 569 final.

Punha-se fim a um conjunto de discussões doutrinárias sobre o que deveria ser um IVA adequado à sua aplicação num espaço económico integrado, sem fronteiras físicas e fiscais entre os países que dele fazem parte. A ideia inicial para a realização de tal objetivo era que os bens fossem tributados no país de origem, com aplicação das mesmas regras no comércio interno e nas operações intracomunitárias, refletindo a ideia de um verdadeiro Mercado Interno. Faltou o indispensável consenso entre todos os Estados-Membros, tendo a solução recaído, a título transitório, na manutenção do princípio do destino com divisão dos movimentos transfronteiras de bens em duas operações diferentes: uma entrega isenta no Estado-Membro de partida dos bens e uma aquisição intracomunitária tributada no Estado-Membro de destino. As regras mostraram ser permeáveis à fraude¹³¹ e complexas, reclamando o fim da sua aplicação transitória e a opção por um regime definitivo mais simples, mais robusto e eficaz no seu funcionamento à medida do Mercado Único¹³².

¹²⁹ Programa de trabalho da Comissão para 2017: *Realizar uma Europa que protege, capacita e defende*, COM (2016) 710 final, de 25/10/2016.

¹³⁰ Council Conclusions on the VAT action plan and on VAT fraud – 3468 Economic and Financial Affairs Council meeting, Brussels, 25 de maio de 2016. Retiradas de www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/05/25-conclusions-vat-action-plan/. A estas seguiram-se novas Conclusões em 8 de novembro de 2016 solicitando à Comissão “[m]elhorias das atuais regras da UE em sede do IVA no que respeita às operações transfronteiras”, em matéria de prova da entrega comunitária, do número de identificação IVA, do tratamento das operações em cadeia e das consignações em trocas comerciais transfronteiras (Conclusões do Conselho sobre a melhoria das atuais regras da UE em sede de IVA no que respeita às operações transfronteiras – 3495.^a reunião do Conselho Assuntos Económicos e Financeiros, Bruxelas, 9 de novembro de 2016. Retiradas de <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14257-2016-INIT/pt/pdf>).

¹³¹ Essencialmente causada pela isenção completa das transações intracomunitárias B2B e pela não tributação dos serviços transfronteiriços B2B, parece reclamar-se a tributação desses fornecimentos.

¹³² COM (2010) 695 final, de 1/12/2010 e COM (2011) 851 final, de 6/12/2011.

A opção por um “sistema de tributação na origem”, a depender fortemente de um complexo mecanismo de compensação, continuava politicamente irrealizável, tendo sido descartada pelo Conselho em maio de 2012, com o Parlamento Europeu e o Comité Económico e Social a mostrarem-se favoráveis à manutenção do princípio do destino, mas com uma mecânica que afaste os atuais inconvenientes¹³³. No entanto, e porque a discussão do modelo de IVA em espaços integrados (federados ou não) já leva muito tempo, amplos foram os debates e as soluções hipotizadas. Sem ser este o sítio, nem tão pouco o tempo, para uma exposição mais detalhada dessas mesmas soluções, entendo dever fazer referência a algumas com as quais, na componente formativa que antecedeu esta dissertação¹³⁴, tive contacto. São elas o *IVA barquinho* de Ricardo Varsano e o “associado” *Compensating VAT* (CVAT) de Mc Lure; o *Viable Integrated VAT* (VIVAT) de Michael Keen e Stephen Smith; o *sistema híbrido CVAT / VIVAT, administrados por uma autoridade fiscal da UE, com os Estados-Membros a manterem a sua soberania no que respeita às transações puramente domésticas*, de Bird; o “*Shared Value Added Tax*”, proposto por Fenchietto e Pessino (2000); o *sistema de vinculação da dedução ao pagamento do IVA*; o *Real Time VAT* (RT VAT) e o *mecanismo de Reverse Charge generalizado*. Estas soluções, se por um lado aportavam alguns princípios que, de um ponto de vista teórico, pareciam merecer consideração, mostravam-se pragmaticamente quase impossíveis de implementar, e citando¹³⁵ Otto de Bismark, “*When a man says he approves something in principle, it means he hasn’t the slightest intention of carrying it out in practice.*”

A Proposta “agora” apresentada pela Comissão Europeia faz vislumbrar menor incerteza para o futuro do IVA europeu, e é por isso muito bem-vinda. Fazendo parte de um pacote legislativo que inclui os indispensáveis instrumentos legislativos de execução¹³⁶ para a introdução do regime definitivo do IVA no comércio transfronteiras

¹³³ Conclusões do Conselho sobre o futuro do IVA – 3167.^a reunião do Conselho Assuntos Económicos e Financeiros, Bruxelas, 15 de maio de 2012, retiradas de em http://europa.eu/rapid/press-release_PRES-12-198_pt.htm; Resolução do Parlamento Europeu, de 13 de outubro de 2011, sobre o futuro do IVA, retirada de www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0436+0+DOC+XML+Vo//PT e Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre o Livro Verde sobre o futuro do IVA – *Rumo a um sistema de IVA mais simples, mais sólido e eficaz*, retirado de <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/?uri=CELEX:52011AE1168>.

¹³⁴ Aulas do Seminário IVA lecionadas pela Prof. Doutora Maria Odete Oliveira, que é também a orientadora deste trabalho, e Conferência por esta proferida na Associação Fiscal Portuguesa, delegação do Porto, em 19 de janeiro de 2017, a propósito dos 30 anos de Imposto sobre o Valor Acrescentado – *30 Anos de IVA em Portugal, 50 anos de IVA no Mundo: Articular um passado simples e um presente imperfeito com um futuro incerto. Um olhar sobre alguns dos aspectos essenciais do modelo de tributação sobre o valor acrescentado*, cujos elementos gentilmente me facultou.

¹³⁵ Citação constante da Apresentação citada na nota anterior.

¹³⁶ Constituído por dois outros atos legislativos, a saber: uma proposta de Regulamento de Execução do Conselho – COM (2017) 568 final, de 4/10/2017 – que altera o Regulamento de Execução (UE) n.º 282/2011 no que respeita a certas isenções relacionadas com as operações intracomunitárias; e uma proposta de Regulamento do Conselho – COM (2017) 567 final, de 4/10/2017 – que altera o Regulamento (UE) n.º 904/2010 no que respeita aos sujeitos passivos certificados.

na União, materializa uma alteração profunda ao atual sistema IVA, a que deverá ser a maior reforma dos últimos 25 anos¹³⁷.

Dizemos ser uma alteração profunda porque acabará com a tão criticada isenção de IVA nas transações intracomunitárias¹³⁸, passando as operações transfronteiras a ser tributadas do mesmo modo que as operações nacionais¹³⁹, corrigindo, segundo a Comissão, a principal falha do regime transitório, restabelecendo uma das características fundamentais do IVA, o sistema de pagamentos fracionados¹⁴⁰. Tal como nas transações internas, nas transações intracomunitárias o fornecedor passará a cobrar o IVA aos seus clientes¹⁴¹. Apesar desta alteração, tal como anunciado no Plano de Ação sobre o IVA, as transações transfronteiriças continuarão a ser tributadas às taxas do Estado-Membro de destino, que será o titular do respetivo montante do imposto (princípio do destino)¹⁴².

A “receita” é atraente, e apresenta-se tão conforme com os princípios informadores do IVA que o que se estranha é por que razão não foi pensada antes. Por outras palavras, o que é que se alterou e permite hoje equacionar uma tal aplicação?

Em meu entender, o “segredo” está no mecanismo de balcão único, através do qual o fornecedor poderá declarar e pagar as suas obrigações em matéria de IVA relacionadas com as operações transfronteiras por si realizadas¹⁴³ e compensar o IVA devido sobre as transações realizadas com o IVA pago a montante sobre as aquisições efetuadas na UE¹⁴⁴, balcão único que nasceu no contexto das exigências do comércio de serviços eletrónicos (MOSS)¹⁴⁵ e agora cresce para um âmbito de aplicação muito mais lato, a que poderia chamar-se *Large One Stop Shop* (LOSS) ou simplesmente *One Stop Shop* (OSS).

Declaradas e pagas as obrigações IVA do fornecedor, caberá ao Estado-Membro de origem, de seguida, transferir o IVA para o Estado-Membro de destino¹⁴⁶. E mais! Embora nesta fase ainda não se encontre expressamente previsto, a simplificação das

¹³⁷ Comunicado de imprensa, *Comissão propõe uma reforma profunda do sistema de IVA da UE*, Bruxelas, 4 de outubro de 2017.

¹³⁸ A atual isenção, como já salientamos, proporciona uma fácil escapatória para as empresas fraudulentas, permitindo-lhes cobrar o IVA e desaparecer em seguida sem transferir o dinheiro para o Estado. Cfr., Comunicado de imprensa, *Comissão propõe uma reforma profunda do sistema de IVA da UE*, Bruxelas, 4 de outubro de 2017.

¹³⁹ COM (2017) 569 final, de 4/10/2017, p. 5.

¹⁴⁰ COM (2016) 148 final, de 7/4/2016, p. 10.

¹⁴¹ COM (2017) 569 final, de 4/10/2017, p. 13.

¹⁴² Comunicado de imprensa, *Comissão propõe uma reforma profunda do sistema de IVA da UE*, Bruxelas, 4 de outubro de 2017.

¹⁴³ As empresas terão de se registar para efeitos de IVA apenas nos Estados-Membros onde estiverem estabelecidas e não, como acontece atualmente, em todos os Estados-Membros nos quais vendam produtos. Com esta medida, a Comissão acredita que as empresas, no seu todo, pouparão cerca de mil milhões de euros. COM (2017) 566 final, de 4/10/2017, pp. 7 e 9. Cfr., ainda, COM (2016) 148 final, de 7/4/2016, p. 11.

¹⁴⁴ COM (2017) 566 final, de 4/10/2017, p. 9.

¹⁴⁵ Sistema MOSS – Regulamento (UE) n.º 967/2012 do Conselho, de 9 de outubro de 2012; Regulamento de Execução (UE) n.º 1042/2013 do Conselho, de 7 de outubro de 2013 e Regulamento de Execução (UE) n.º 815/2012 da Comissão, de 13 de setembro de 2012.

¹⁴⁶ Um sistema desta natureza exigirá, no entanto, segundo a Comissão, uma maior confiança e cooperação entre administrações fiscais, dado que o Estado-Membro de destino ficará dependente do Estado-Membro de origem na cobrança do IVA devido sobre a transação transfronteiras. COM (2016) 148 final, de 7/4/2016, p. 11.

regras de faturação haverá de permitir aos vendedores elaborarem as suas faturas de acordo com as regras do seu país (de origem), não se exigindo mais a elaboração de listagens das transações transfronteiras por si realizadas a apresentar às suas autoridades fiscais (mapas recapitulativos)¹⁴⁷.

Para permitir uma transição harmoniosa para administrações fiscais e empresas, esta alteração terá de ser realizada gradualmente, dividindo-se, por isso, a abordagem em duas etapas¹⁴⁸. De acordo com a Comissão Europeia, será uma combinação do melhoramento das atuais regras (primeira fase a concretizar-se em 2019) com a tributação segundo a movimentação dos bens (segunda fase agendada para 2022), que constitui o melhor rumo para o objetivo pretendido.

Na primeira etapa, é considerada apenas a questão do tratamento em sede de IVA das transmissões B2B intra-União, sendo que a mesma é ainda dividida em duas subetapas: a subetapa 1, que inclui o pacote legislativo a que nos referimos – constituído pela proposta de Diretiva em análise, pela proposta de Regulamento de Execução do Conselho – COM (2017) 568 final – e pela proposta de Regulamento do Conselho – COM (2017) 567 final – e a subetapa 2, que engloba uma proposta de Diretiva, com as inerentes medidas de execução, estabelecendo as disposições técnicas necessárias ao funcionamento do regime definitivo do IVA, a apresentar no corrente ano de 2018¹⁴⁹. Nas disposições técnicas será introduzido um novo conceito em relação aos bens, designado “entrega intra-União” e significando um novo facto gerador de imposto, substituindo o atual sistema de uma transmissão isenta no Estado-Membro de origem e de uma aquisição intracomunitária tributada no Estado-Membro de destino (como segundo e independente facto gerador). No âmbito deste novo conceito, o lugar da “entrega” dos bens será situado no Estado-Membro de destino¹⁵⁰.

Particularizemos melhor.

Para entrar em vigor em 1 de janeiro de 2019 teremos:

- o fim do atual regime de isenção das transmissões intracomunitárias a sujeitos passivos estabelecidos noutro Estado-Membro e sua substituição pela tributação das transmissões de bens e prestações de serviços no Estado-Membro de destino, em que o devedor do imposto no país de destino será:

- o fornecedor, através de um sistema de balcão único;

¹⁴⁷ Comunicado de imprensa, *Comissão propõe uma reforma profunda do sistema de IVA da UE*, Bruxelas, 4 de outubro de 2017. Cfr., ainda, COM (2017) 569 final, de 4/10/2017, p. 13.

¹⁴⁸ COM (2017) 566 final, de 4/10/2017, p. 7.

¹⁴⁹ *Ibidem*, pp. 7-10.

¹⁵⁰ COM (2017) 569 final, de 4/10/2017, p. 13.

- o adquirente, sempre que possua o estatuto de “sujeito passivo certificado”, numa situação que podemos qualificar de continuação do regime atual¹⁵¹. “Sujeito passivo certificado”, que mais não significa do que um sujeito passivo credível, é aquele que possa demonstrar (i) ausência de prática de infrações graves e/ou repetidas ao IVA ou à legislação aduaneira bem como qualquer infração penal ligada à sua atividade económica; (ii) um nível elevado de controlo sobre as suas operações e movimentos e (iii) solvabilidade financeira¹⁵². Tratando-se de empresas certificadas como cumpridoras pelas respetivas administrações fiscais, estas, para além de poderem beneficiar de determinadas simplificações (a que nos referiremos de seguida), durante a primeira etapa do regime definitivo do IVA, e como exceção ao princípio geral segundo o qual o fornecedor nas operações de bens transfronteiras passa a cobrar o IVA devido no Estado-Membro de destino aos adquirentes, manterão a obrigação de autoliquidação do IVA na sua declaração nacional de IVA, caso sejam adquirentes numa dessas transações¹⁵³.

- simplificação e harmonização das regras relativas ao regime da consignação, evitando que o fornecedor tenha de se identificar em cada Estado-Membro onde coloca bens em regime de depósito, e permitindo, sempre que a operação ocorra entre sujeitos passivos certificados (SPC), que o fornecedor apenas efetue uma transmissão intracomunitária (no Estado-Membro de origem) no momento em que os bens saem do armazém para o adquirente, o qual reportará no mesmo momento a correspondente aquisição intracomunitária;

- simplificação das transações em cadeia, que atualmente implicam múltiplas transmissões tributáveis¹⁵⁴, dependendo a simplificação, no concreto, de condições relativas ao transporte dos bens, e aplicando-se apenas entre SPC;

- clarificação e harmonização, também apenas aplicável aos SPC, em matéria de meios de prova do transporte dos bens de um Estado-Membro para outro, a par com as exigências substanciais e não apenas formais, como hoje acontece¹⁵⁵ para a isenção das transmissões intracomunitárias.

Na segunda etapa, a partir de 2022, o novo tratamento IVA será alargado a todos os fornecimentos transfronteiras, sem lugar ao regime “transitório” aplicável, no entanto, aos SPC. Ou seja, na mira está um futuro onde não haverá lugar a

¹⁵¹ Os sujeitos passivos cujas atividades sejam isentas, apresentem carácter ocasional ou estejam enquadrados no regime agrícola ou num regime simplificado ficarão fora do estatuto de sujeito passivo certificado. De salientar também que se trata de um conceito específico dos sujeitos passivos estabelecidos na UE, e sendo obtido num Estado-Membro é válido em todos os outros.

¹⁵² O estatuto dos Sujeitos Passivos Certificados (SPC) é similar ao dos Operadores Económicos Autorizados (OEA) para efeitos aduaneiros, conceito que entrou em vigor em 1 de janeiro de 2008.

¹⁵³ COM (2017) 566 final, de 4/10/2017, pp. 8 e 9.

¹⁵⁴ Situação como a visada no acórdão *EMAG* do TJUE, processo C-245/04, de 6/4/2006.

¹⁵⁵ A propósito, os acórdãos do TJUE de 6/9/2012, *Mecsek-Gabona*, processo C-273/11; de 27/9/2012, *VSTR*, processo C-587/10; de 20/10/2016, *Plöckl*, processo C-24/15, e de 9/2/2017, *Euro-Tyre*, processo C-21/16.

mecanismos de *reverse charge* em transmissões de bens entre sujeitos passivos de diferentes Estados-Membros, independentemente do estatuto do cliente e do local de tributação.

Restam as prestações de serviços, com a Comissão a manifestar ser também seu objetivo estender as regras do regime definitivo aplicável às transmissões de bens às prestações de serviços, feita que seja uma avaliação daquele num período de aplicação temporal de cinco anos¹⁵⁶, ou seja, em 2027. A formulação é geral e merece-me algumas dúvidas e uma conclusão. Se para as prestações de serviços B2B, a regra geral obedece já a um regime de tributação no destino, tal como resulta da Diretiva 2006/112/CE, será que a Comissão encara a abolição das exceções a essa regra geral? Ou pretende que caiba ao sujeito passivo prestador, e não ao sujeito passivo adquirente, a obrigação de liquidação do IVA relativamente a todos os serviços adquiridos noutros Estados-Membros, de modo a que todas as entregas de bens e prestações de serviços no Mercado Único passem a ser tratadas de igual forma?

Como últimas notas, cabe referir que ao tempo deste estudo a proposta de Diretiva ainda se encontra a ser debatida no âmbito do Conselho, e que em relação às restantes promessas de apresentação de propostas a que a Comissão se vinculou no âmbito do seu Plano de Ação sobre o IVA, designadamente no que se refere ao comércio eletrónico, às PME e às taxas, as mesmas têm sido cumpridas, embora nem sempre no prazo estipulado¹⁵⁷.

6. Conclusões

1. O IVA foi introduzido no espaço comunitário europeu há mais de meio século, como modelo obrigatório e harmonizado de tributação das transações nos respetivos Estados-Membros, face aos inconvenientes dos então generalizados impostos cumulativos na determinação do exato conteúdo fiscal presente no preço final dos bens, o que perturbava a neutralidade interna e internacional de tal tipo de tributação.

2. Desde então, o IVA comunitário tem feito o seu percurso visando uma melhor harmonização, tanto no que diz respeito à disciplina jurídica propriamente dita, como na interpretação dos conceitos que a ela subjazem, com um papel relevante da Comissão Europeia como guardiã dos Tratados e do TJUE como entidade fiscalizadora da sua aplicação; e a compatibilidade com a realização de um Mercado Único Europeu e uma

¹⁵⁶ COM (2017) 566 final, de 4/10/2017, pp. 7 e 8.

¹⁵⁷ Propostas da Comissão, de 1 de dezembro de 2016: COM (2016) 755 final; COM (2016) 756 final, e COM (2016) 757 final, entretanto adotadas pelo Conselho em 5 de dezembro de 2017, originando o Regulamento (UE) 2017/2454, a Diretiva (UE) 2017/2455 e o Regulamento de Execução (UE) 2017/2459, e ainda COM (2016) 758 final, de 1/12/2016. Em relação às PME, e às taxas, o COM (2018) 21 final e o COM (2018) 20 final, respetivamente, ambos de 18/1/2018.

adaptação consistente às mudanças verificadas na “nova” economia, em particular na economia digital.

3. No que diz respeito ao Mercado Único Europeu, livre de fronteiras físicas e fiscais, a sua realização mostrou-se tarefa desafiante e simultaneamente complexa, concretizando-se num primeiro momento num regime qualificado como “temporário”, mas que se veio a revelar até agora como uma espécie de “transitório definitivo”.

4. Mas sempre se manteve a busca por um regime definitivo que permitisse uma operacionalidade similar no mercado interno e no mercado comunitário, tendo-se agudizado essa busca face aos defeitos que o regime transitório revelou na distorção das suas características e na perda de receita associada, tanto para os Estados-Membros como para o Orçamento Europeu.

5. A doutrina, em especial a comunidade académica, debateu, discutiu e propôs soluções, todas elas entendidas como de muito difícil concretização pelas entidades europeias responsáveis.

6. Surge agora a luz ao fundo do túnel, com a Comissão Europeia a apresentar uma Proposta que surpreende por romper com a ideia, sempre mantida, de que o regime definitivo implicaria a adoção do princípio da origem com instituição de um mecanismo de compensação associado.

7. O regime proposto aproveita a tecnologia apreendida com o sistema instituído para a tributação dos serviços eletrónicos, o *Mini One Stop Shop* ou MOSS, alargando-o de forma quase geral às transmissões de bens entre Estados-Membros e esperando-se que o venha a fazer também relativamente aos serviços.

8. É o sistema OSS (*One Stop Shop*) ou MOSS alargado (para nós um *Large One Stop Shop* ou LOSS) que se apresenta quase como “ovo de Colombo”.

9. De acordo com o sistema OSS, a Comissão propõe a “liquidação” do IVA sobre o comércio intracomunitário à taxa do Estado-Membro de destino, como atualmente já acontece com os serviços eletrónicos. Quer as vendas sejam feitas a um cliente sujeito passivo nacional ou a um cliente sujeito passivo de outro Estado-Membro, o IVA será cobrado da mesma forma, embora o cumprimento das obrigações relativas às últimas obrigue os sujeitos passivos nacionais à utilização de um balcão único, *on-line*, de forma a não os obrigar a pagamentos a todas e cada uma das autoridades fiscais dos Estados para os quais venderam bens e, consequentemente, receberam o respetivo IVA. Será o Estado a partir do qual a venda ocorre que receberá dos seus sujeitos passivos o imposto, devolvendo-o depois ao Estado-Membro em que o bem vendido foi realmente consumido.

10. Promete-se que as regras de faturação serão simplificadas, e Pierre Moscovici promete também “reduzir em 80% a fraude transfronteiriça do IVA e introduzir nos cofres dos Estados-Membros as receitas de que necessitam desesperadamente”.

11. As mudanças são muito grandes face ao sistema atual. Será que empresas e Administração Fiscal estão preparadas para esta autêntica revolução IVA? Esperamos que sim, a bem da construção europeia!

Bibliografia

ALEXANDRE, M. A. (1998). A harmonização do IVA: Objectivos e estratégias. *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 390, pp. 223-237.

ARNALDO, A. (2011). Justiça fiscal e o IVA. *Estudos em Memória do Prof. Doutor J.L. Saldanha Sanches*, vol. IV, pp. 37-48.

BASTO, J. G. X. DE (1991). A tributação do consumo e a sua coordenação internacional – Lições sobre harmonização fiscal na Comunidade Económica Europeia. *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 361, pp. 15-109.

BASTO, J. G. X. DE (1991). A tributação do consumo e a sua coordenação internacional – Lições sobre harmonização fiscal na Comunidade Económica Europeia. *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 362, pp. 11-209.

BEYER, V. L. (1992). The legacy of the Shoup Mission: Taxation inequities and tax reform in Japan. *Pacific Basin Law Journal*, vol. 10, pp. 388-408. Retirado de <http://escholarship.org/uc/item/7wnof37c>.

FERIA, R. DE LA, & KREVER, R. (2012). Ending VAT exemptions: Towards a post-modern VAT. *Working Papers, Oxford University Centre for Business Taxation*, n.º 1228, pp. 1-36. Retirado de <http://www.sbs.ox.ac.uk>.

FERNANDES, R. M., & SCOLARI, L. (2014). O Mecanismo de Reação Rápida e a luta antifraude em sede de IVA. *Cadernos IVA*, pp. 410-431.

LEITE, I. P. (2014). Closing the VAT gap. *Cadernos IVA*, pp. 181-216.

PINTO, M. S. (2007). Contributos da jurisprudência comunitária para a luta contra a fraude ao IVA. *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 202, pp. 271-289.

PINTO, M. S. (2009). A luta contra a fraude ao IVA na União Europeia, desenvolvimentos. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, n.º 2, pp. 125-152.

PINTO, M. S. (2011). Harmonização do IVA na União Europeia – Um instrumento ou um obstáculo para o bom funcionamento do mercado interno. *Ciência e Técnica Fiscal*, no. 427, pp. 13-66.

SARMENTO, J. M., & SANTOS, T. (2013). A fraude carrossel em sede de IVA – Conceitos e contexto europeu. *Revista do Ministério Público*, no. 133, pp. 167-181.

VASQUES, S. (2015). *O Imposto sobre o Valor Acrescentado*. Edições Almedina.

Fontes Não Científicas

Comunicado de imprensa, *Comissão propõe novas normas fiscais para apoiar comércio eletrónico e empresas em linha na UE*, Bruxelas, 1 de dezembro de 2016. Retirado de http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4010_pt.pdf.

Comunicado de imprensa, *Comissão propõe uma reforma profunda do sistema de IVA da UE*, Bruxelas, 4 de outubro de 2017. Retirado de http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-3443_pt.pdf.

Comunicado de imprensa, *Desvio do IVA: Países da EU perderam 152 mil milhões de euros em 2015, o que revela urgente necessidade de reforma do IVA*, Bruxelas, 28 de setembro de 2017. Retirado de http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-3441_pt.htm.

Comunicado de imprensa, *Plano de ação em matéria de IVA: Comissão apresenta medidas destinadas a modernizar o IVA na UE*, Bruxelas, 7 de abril de 2016. Retirado de http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1022_pt.pdf.

Comissão Europeia

Disponível em www.ec.europa.eu

COM (94) 515 final, de 23.11.1994: Relatório sobre o funcionamento do regime transitório do IVA aplicável ao comércio intracomunitário.

COM (96) 328 final, de 10.7.1996: Um sistema comum do IVA – Um Programa para o mercado único.

COM (2003) 234 final, de 5.5.2003: Proposta que altera a Diretiva 77/388/CEE no que diz respeito aos serviços postais.

COM (2007) 746 final, de 28.11.2007: Proposta que estabelece medidas de aplicação da Diretiva 2006/112/CE, no que diz respeito aos serviços financeiros e de seguros.

COM (2007) 746 final/2, de 20.2.2008: Proposta que estabelece medidas de aplicação da Diretiva 2006/112/CE, no que diz respeito aos serviços financeiros e de seguros e que anula e substitui a proposta de Regulamento do Conselho – COM (2007) 746 final, de 28.11.2007.

COM (2007) 747 final, de 28.11.2007: Proposta que altera a Diretiva 2006/112/CE no que diz respeito aos serviços financeiros e de seguros.

COM (2007) 747 final/2, de 20.2.2008: Proposta que altera a Diretiva 2006/112/CE no que diz respeito aos serviços financeiros e de seguros e que anula e substitui a proposta de Diretiva do Conselho – COM (2007) 747 final, de 28.11.2007.

COM (2010) 695 final, de 1.12.2010: Livro Verde sobre o futuro do IVA – Rumo a um sistema de IVA mais simples, mais sólido e eficaz.

COM (2011) 851 final, de 6.12.2011: Comunicação sobre o futuro do IVA – Para um sistema de IVA mais simples, robusto e eficaz à medida do mercado único.

COM (2015) 192 final, de 6.5.2015: Estratégia para o Mercado Único Digital na Europa.

COM (2015) 550 final, de 28.10.2015: Melhorar o Mercado Único – mais oportunidades para os cidadãos e as empresas.

COM (2016) 148 final, de 7.4.2016: Comunicação relativa a um plano de ação sobre o IVA; Rumo a um espaço único do IVA na UE – Chegou o momento de decidir.

COM (2016) 710 final, de 25.10.2016: Programa de Trabalho da Comissão para 2017 – Realizar uma Europa que protege, capacita e defende.

COM (2016) 755 final, de 1.12.2016: Modernizar o IVA no comércio B2C transfronteiras – Proposta de Regulamento que altera o Regulamento (UE) n.º 904/2010.

COM (2016) 756 final, de 1.12.2016: Modernizar o IVA no comércio B2C transfronteiras – Proposta de Regulamento de Execução que altera o Regulamento de Execução (UE) n.º 282/2011.

COM (2016) 757 final, de 1.12.2016: Modernizar o IVA no comércio B2C transfronteiras – Proposta de Diretiva que altera a Diretiva 2006/112/CE e a Diretiva 2009/132/CE no que diz respeito a determinadas obrigações relativas ao imposto sobre o valor acrescentado para as prestações de serviços e as vendas à distância de bens.

COM (2016) 758 final, de 1.12.2016: Proposta de Diretiva que altera a Diretiva 2006/112/CE no que se refere às taxas do imposto sobre o valor acrescentado aplicado aos livros, aos jornais e às publicações eletrónicas.

COM (2017) 566 final, de 4.10.2017: Comunicação relativa ao seguimento do Plano de Ação sobre o IVA; Rumo a um espaço único do IVA na UE – Chegou o momento de decidir.

COM (2017) 567 final, de 4.10.2017: Proposta de Regulamento que altera o Regulamento (UE) n.º 904/2010 no que respeita aos sujeitos passivos certificados.

COM (2017) 568 final, de 4.10.2017: Proposta de Regulamento de Execução que altera o Regulamento de Execução (UE) n.º 282/2011 no que respeita a certas isenções relacionadas com as operações intracomunitárias.

COM (2017) 569 final, de 4.10.2017: Proposta de Diretiva que altera a Diretiva 2006/112/CE no que diz respeito à harmonização e simplificação de determinadas regras no sistema do imposto sobre o valor acrescentado e que estabelece o regime definitivo de tributação das trocas comerciais entre Estados-Membros.

COM (2018) 20 final, de 18.1.2018: Proposta de Diretiva que altera a Diretiva 2006/112/CE no que diz respeito às taxas do imposto sobre o valor acrescentado.

COM (2018) 21 final, de 18.1.2018: Proposta de Diretiva que altera a Diretiva 2006/112/CE no que respeita ao regime especial das pequenas empresas.

Conselho ECOFIN

Conclusões do Conselho sobre o futuro do IVA – 3167.^a reunião do Conselho Assuntos Económicos e Financeiros, Bruxelas, 15 de maio de 2012. Retiradas de http://europa.eu/rapid/press-realse_PRES-12-198_pt.htm.

Council Conclusions on the VAT action plan and on VAT fraud – 3468 Economic and Financial Affairs Council meeting, Brussels, 25 de maio de 2016. Retiradas de <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/05/25/conclusions-vat-action-plan/>.

Conclusões do Conselho sobre a Melhoria das atuais regras da UE em sede de IVA no que respeita às operações transfronteiras – 3495.^a reunião do Conselho Assuntos Económicos e Financeiros, Bruxelas, 9 de novembro de 2016. Retiradas de <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14257-2016-INIT/pt/pdf>.

Parlamento Europeu

Resolução do Parlamento Europeu, de 13 de outubro de 2011, sobre o futuro do IVA. Retirada de <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0436+0+DOC+XML+Vo//PT>.

Comité Económico e Social Europeu

Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre o Livro Verde sobre o futuro do IVA – Rumo a um sistema de IVA mais simples, mais sólido e eficaz. Retirado de <http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/?uri=CELEX:52011AE1168>.

Tribunal de Contas Europeu

Relatório Especial n.º 24/2015 – *Luta contra a fraude ao IVA intracomunitário: São necessárias mais medidas.* Retirado de http://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR15_24/SR_VAT_FRAUD_PT.pdf.

Jurisprudência comunitária

Disponível em www.curia.europa.eu

Acórdão *Emag Handel Eder*, processo C-245/04, de 6 de abril de 2006.

Acórdão *Kittel e Recolta Recycling*, processos C-439/04 e C-440/04, de 6 de julho de 2006.

Acórdão *Mecsek-Gabona Kft*, processo C-273/11, de 6 de setembro de 2012.

Acórdão *VSTR*, processo C-587/10, de 27 de setembro de 2012.

Acórdão *Plöckl*, processo C-24/15, de 20 de outubro de 2016.

Acórdão *Euro Tyre BV*, processo C-21/16, de 9 de fevereiro de 2017.

Legislação comunitária

Diretiva 67/227/CEE, de 11 de abril de 1967, relativa à harmonização das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos impostos sobre o volume de negócios.

Diretiva 67/228/CEE, de 11 de abril de 1967, relativa à harmonização das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos impostos sobre o volume de negócios – estrutura e modalidades de aplicação do sistema comum de imposto sobre o valor acrescentado.

Diretiva 77/388/CEE, de 17 de maio de 1977, relativa à harmonização das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos impostos sobre o volume de negócios – sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado: matéria coletável uniforme.

Diretiva 91/680/CEE, de 16 de dezembro de 1991, que completa o sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado e altera, tendo em vista a abolição das fronteiras fiscais, a Diretiva 77/338/CEE.

Diretiva 92/77/CEE, de 19 de outubro de 1992, que completa o sistema comum de IVA e que altera a Diretiva 77/388/CEE (aproximação das taxas do IVA).

Regulamento (CEE) n.º 218/92, de 27 de janeiro de 1992, relativo à cooperação administrativa no domínio dos impostos indiretos (IVA).

Diretiva 94/5/CE, de 14 de fevereiro de 1994, que completa o sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado e altera a Diretiva 77/338/CEE – Regime especial aplicável aos bens em segunda mão, aos objetos de arte e de coleção e às antiguidades.

Diretiva 2006/112/CE, de 28 de novembro de 2006, relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado.

Diretiva 2008/8/CE, de 12 de fevereiro de 2008, que altera a Diretiva 2006/112/CE no que diz respeito ao lugar das prestações de serviços.

Diretiva 2008/9/CE, de 12 de fevereiro de 2008, que define as modalidades de reembolso do imposto sobre o valor acrescentado previsto na Diretiva 2006/112/CE a sujeitos passivos não estabelecidos no Estado-Membro de reembolso, mas estabelecidos noutro Estado-Membro.

Diretiva 2008/117/CE, de 16 de dezembro de 2008, que altera a Diretiva 2006/112/CE relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado, a fim de lutar contra a fraude fiscal ligada às operações intracomunitárias.

Regulamento (CE) n.º 37/2009, de 16 de dezembro de 2008, que altera o Regulamento (CE) n.º 1798/2003 relativo à cooperação administrativa no domínio do imposto sobre o valor acrescentado, a fim de lutar contra a fraude fiscal ligada às operações intracomunitárias.

Diretiva 2010/24/UE, de 16 de março de 2010, relativa à assistência mútua em matéria de cobrança de créditos respeitantes a impostos, direitos e outras medidas.

Diretiva 2010/45/UE, de 13 de julho de 2010, que altera a Diretiva 2006/112/CE relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado no que respeita às regras em matéria de faturação.

Regulamento (UE) n.º 904/2010, de 7 de outubro de 2010, relativo à cooperação administrativa e à luta contra a fraude no domínio do imposto sobre o valor acrescentado.

Regulamento de Execução (UE) n.º 815/2012 da Comissão, de 13 de setembro de 2012, que estabelece as regras de aplicação do Regulamento (UE) n.º 904/2010, no que diz respeito aos regimes especiais aplicáveis a sujeitos passivos não estabelecidos que prestem serviços de telecomunicações, serviços de radiodifusão e televisão ou serviços eletrónicos a pessoas que não sejam sujeitos passivos.

Regulamento (UE) n.º 967/2012 do Conselho, de 9 de outubro de 2012, que altera o Regulamento de Execução (UE) n.º 282/2011 no que diz respeito aos regimes especiais aplicáveis a sujeitos passivos não estabelecidos que prestem serviços de telecomunicações, de radiodifusão e televisão ou serviços eletrónicos a pessoas que não sejam sujeitos passivos.

Diretiva 2013/42/UE, de 22 de julho de 2013, que altera a Diretiva 2006/112/CE relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado, no que diz respeito ao mecanismo de reação rápida contra a fraude ao IVA.

Diretiva 2013/43/UE, de 22 de julho de 2013, que altera a Diretiva 2006/112/CE relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado, no que diz respeito à aplicação facultativa e temporária de um mecanismo de autoliquidação ao fornecimento ou prestação de certos bens e serviços que apresentam um risco de fraude.

Regulamento de Execução (UE) n.º 1042/2013 do Conselho, de 7 de outubro de 2013, que altera o Regulamento de Execução (UE) n.º 282/2011 no que diz respeito ao lugar das prestações de serviços.

Regulamento (UE) 2017/2454, de 5 de dezembro de 2017, que altera o Regulamento (UE) n.º 904/2010 relativo à cooperação administrativa e à luta contra a fraude no domínio do imposto sobre o valor acrescentado.

Diretiva (UE) 2017/2455, de 5 de dezembro de 2017, que altera a Diretiva 2006/112/CE e a Diretiva 2009/132/CE no que diz respeito a determinadas obrigações relativas ao imposto sobre o valor acrescentado para as prestações de serviços e as vendas à distância de bens.

Regulamento de Execução (UE) 2017/2459, de 5 de dezembro de 2017, que altera o Regulamento de Execução (UE) n.º 282/2011, que estabelece medidas de aplicação da Diretiva 2006/112/CE relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado.

Dos Créditos Laborais no Processo de Insolvência:

**Classificação e exercício destes créditos no
processo de insolvência**

Catarina Maria Leandro e Vasconcelos

Sob a orientação da Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro

Resumo

Na presente dissertação iremos abordar o tema da classificação e exercício dos créditos laborais no processo de insolvência, quando é deliberado pelos credores o encerramento da atividade do estabelecimento e o processo de insolvência prossegue para liquidação. Procuraremos refletir sobre as questões práticas que se colocam ao intérprete e aplicador do direito, analisando a doutrina e jurisprudência atual sobre esta matéria, ponderando a melhor solução para cada caso e tomando posição sobre questões controvertidas.

Palavras-chave: trabalhador, créditos, insolvência, massa insolvente, graduação de créditos, privilégios creditórios

Abstract

This thesis addresses the classification and the exercise of labour credit rights during insolvency proceedings in which creditors decide to close the business establishment and liquidate the assets.

We shall take stock of the practical issues faced by the interpreter and the law enforcer by studying the current doctrine and case law on this matter, weighing the best solution for each case and taking a position on controversial matters.

Keywords: worker, credits, insolvency, insolvent estate, ranking of claims, credit privileges

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Art./arts.	Artigo/Artigos
AI	Administrador da Insolvência
AJP	Administrador Judicial Provisório
AUJ	Acórdão Uniformizador de Jurisprudência
BFDUC	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
CC	Código Civil
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
Cfr	Confrontar
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
CJ	Coletânea de Jurisprudência
CPC	Código de Processo Civil
CPEREF	Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência
CRCSPSS	Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de Segurança Social
CRP	Constituição da República Portuguesa
CT	Código do Trabalho
DR	Diário da República
DR IS	Diário da República I Série
Ex.	Exemplo
FDUC	Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
FGS	Fundo de Garantia Salarial
ISS	Instituto da Segurança Social
LCCT	Lei da Cessação do Contrato de Trabalho
N.º/n.ºs	Número/Números
p./pp.	Página/páginas
PER	Processo Especial de Revitalização
Proc.	Processo
RC	Relação de Coimbra
RDC	Revista de Direito Comercial
RDES	Revista de Direito e de Estudos Sociais
RDI	Revista de Direito da Insolvência
RE	Relação de Évora
RERE	Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas
RFDUNL	Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
RG	Relação de Guimarães
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
RP	Relação do Porto
TC	Tribunal Constitucional
UCP	Universidade Católica Portuguesa
UNL	Universidade Nova de Lisboa
V.	Ver
Vol.	Volume

ÍNDICE

Introdução	5
1. O processo de insolvência e os créditos laborais	6
1.1 O processo de insolvência	6
1.2 Os créditos laborais	7
1.3 Consequências jurídicas da insolvência do empregador no contrato de trabalho	8
2. Das garantias dos créditos laborais: privilégio mobiliário geral e imobiliário especial	10
2.1 Graduação do privilégio mobiliário geral	11
2.2 Privilégio imobiliário especial	16
3. Classificação dos créditos: o crédito decorrente da cessação do contrato de trabalho, quando a extinção da relação laboral ocorre em data posterior à declaração da insolvência.	19
4. Formas de exercício dos créditos laborais no processo de insolvência e questões processuais com relevância na tutela dos créditos laborais	26
4.1 Formas de exercício e meios processuais próprios	26
4.2 Relevância do meio processual de exercício dos créditos laborais	27
4.3 Tutela dos créditos laborais através de controlo judicial da lista de créditos reconhecidos e o conceito de erro manifesto	28
4.4 Ônus de alegação e prova do credor trabalhador	30
5. Conclusão	31
Bibliografia	34

Introdução

Apesar dos diversos estudos e arestos já existentes no domínio da classificação e exercício dos créditos laborais no processo de insolvência, subsistem divergências doutrinárias e jurisprudenciais na classificação dos créditos laborais decorrentes da cessação do contrato de trabalho em virtude da insolvência do empregador. Permanecem dúvidas quanto à concretização do privilégio imobiliário especial dos trabalhadores e quanto à graduação do seu privilégio mobiliário geral, no caso de concurso de créditos dos trabalhadores com créditos pignoratícios e créditos privilegiados da Segurança Social.

Pela importância que assume na sociedade e na esfera do trabalhador – que vê constitucionalmente protegido o seu direito ao salário (cfr. Art. 59º CRP) – a proliferação de insolvências do empregador e controvérsias ainda existentes, afigura-se-nos que este tema mantém interesse atual. Justifica-se, por isso, um estudo crítico sobre a matéria, analisando o estado da doutrina e da jurisprudência.

Na verdade, para aqueles que, como nós (juízes de direito num Tribunal de Comércio), aplicam diariamente o direito da insolvência, são muitas as questões substantivas e processuais que se colocam a propósito da classificação e exercício dos créditos laborais no processo de insolvência e que ainda não recebem resposta unânime da jurisprudência. Questões que aqui pretendemos abordar, analisando as respostas existentes e, sempre que possível, procurando encontrar a melhor solução para as mesmas, contribuindo, desse modo, para o aprofundar da reflexão da ciência jurídica nesta matéria.

Para a elaboração deste trabalho, procedemos a pesquisas bibliográficas de monografias, artigos científicos, disponíveis em revistas e na internet, e consulta de jurisprudência de relevo.

Começaremos por efetuar uma breve incursão na noção de processo de insolvência e dos tipos de créditos laborais que podem estar em causa. Em seguida, analisaremos as garantias que apresentam os créditos laborais, com especial enfoque no art. 333º CT – privilégio imobiliário especial e mobiliário geral.

Abordaremos a distinção entre créditos sobre a insolvência e dívidas da massa insolvente, implicações práticas, meios processuais de exercício destes créditos, e controvérsia relativa ao crédito decorrente da cessação do contrato de trabalho, ocorrida em data posterior à declaração da insolvência e por ação do AI.

Por último, e a propósito do exercício dos créditos laborais no processo de insolvência, refletiremos sobre questões processuais específicas com que nos temos vindo a deparar e que assumem relevância na tutela dos créditos laborais.

1. O processo de insolvência e os créditos laborais

1.1 O processo de insolvência

Preceitua o art. 1º, n.º 1 do CIRE (diploma do qual fazem parte os preceitos legais de ora em diante referidos sem a menção expressa do respetivo diploma), na redação introduzida pela Lei n.º 16/2012¹, de 20 de abril:

O processo de insolvência é um processo de execução universal² que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano de insolvência, baseado, nomeadamente, na recuperação da empresa compreendida na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do produto obtido pelos credores.

A finalidade primordial do processo de insolvência é a satisfação dos interesses dos credores³, seja através da recuperação da empresa⁴⁵, mediante a aprovação de um plano de insolvência, seja através da liquidação do património do devedor insolvente⁶.

Nas palavras de Rosário Epifânio (2016), “o processo de insolvência é um processo universal e concursal destinado a obter a liquidação, respetivamente, de todo o património do devedor insolvente, por todos os seus credores”. Universal, atenta a propensão para abranger todo o património penhorável do devedor; concursal, porquanto todos os credores são chamados a intervir no processo, estando o processo marcado pelo princípio *par conditio creditorum* ou da proporcionalidade das perdas dos credores – cfr. art. 604 n.º 1 CC e 176º CIRE⁷ –, sem prejuízo das derrogações⁸ a este princípio, de que são exemplo os privilégios creditórios dos trabalhadores.

Apesar de a atual letra da lei apontar para a prioridade da aprovação de um plano e recuperação da empresa, o certo é que, em termos práticos, mantém-se como regra geral do processo de insolvência a liquidação do ativo com vista à satisfação dos credores⁹, bastando que os credores nada promovam ou deliberem para que a liquidação tenha lugar¹⁰. Também é no âmbito da liquidação¹¹ de um estabelecimento, acompanhado do encerramento da sua atividade, que se fazem sentir mais amplamente os efeitos na esfera jurídica do trabalhador, que vê cessada a sua relação laboral e a sua

¹ Sobre o Anteprojeto e a Proposta de Lei que antecederam a Lei 16/2012, Serra, 2012b, pp. 97 e ss.

² Sobre a natureza do processo de insolvência, discutindo-se a sua natureza executiva, Serra 2018, pp. 41-47.

³ Cfr. Fernandes & Labareda, 2013, p. 69.

⁴ Preferência dada pelo legislador desde a Lei 16/2012. Cfr. Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 39/XII, de 30.12.2011. A este propósito, Catarina Serra critica a falta de atenção do legislador português no projeto de Diretiva de 22.11.2016 (Serra, 2017a). Sobre a importância que deve ser atribuída a instrumentos (ainda) não vinculativos, Serra, 2017b, p. 22.

⁵ Sobre a falta de unidade do conceito “empresa” no CIRE, Oliveira, 2017, p. 81.

⁶ Sobre a evolução do regime da insolvência em Portugal, Leitão, 2017a, pp. 21 e ss.

⁷ Sobre o carácter concursal do processo de falência, Serra, 2009, pp. 95 e ss.

⁸ Derrogações que dificilmente não ocorrem num processo de insolvência, tal como salienta Rui Pinto Duarte, 2004.

⁹ Epifânio, 2016.

¹⁰ Fernandes & Labareda, 2013, p. 69 e Martins, L. M., 2014, p. 58.

¹¹ Sobre a liquidação da massa insolvente, Silva, P. C., 2005.

fonte de rendimento, pondo em causa a sua subsistência económica. Daí que no presente trabalho nos debrucemos essencialmente sobre a classificação e exercício dos créditos laborais no processo de insolvência, em caso de encerramento da empresa.

Não obstante o seu cariz executivo (apreensão e liquidação do ativo para pagamento dos credores¹²), dado que contém fases de carácter declarativo (tais como, a apreciação e declaração da situação de insolvência¹³ e verificação de créditos¹⁴), o processo de insolvência assume natureza mista¹⁵.

Dispõe o art. 3º, n.º 1, que “é considerado em situação de insolvência o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas”. Acrescentando o n.º 2 o critério da manifesta superioridade do passivo face ao ativo ou do *balance sheet* para os devedores pessoas coletivas e os patrimónios autónomos por cujas dívidas nenhuma pessoa singular responda pessoal e ilimitadamente, por forma direta ou indireta¹⁶.

No art. 3º, n.º 4, equipara-se à situação de insolvência atual a que seja meramente iminente, no caso de apresentação pelo devedor à insolvência¹⁷.

A iminência da insolvência caracteriza-se pela ocorrência de circunstâncias que, não tendo ainda conduzido ao incumprimento em condições de poder considerar-se a situação de insolvência já atual, com toda a probabilidade a vão determinar a curto prazo, exatamente pela insuficiência do ativo líquido e disponível para satisfazer o passivo exigível¹⁸.

1.2 Os créditos laborais

Interessa, agora, atentar que créditos laborais podem estar em causa num processo de insolvência¹⁹.

O CIRE não contém uma definição do termo “credor”, distinguindo os “credores da insolvência” dos “credores da massa”, consoante o momento da constituição dos créditos, distinção que assumirá suma importância no momento do pagamento aos credores.

Nos termos do art. 47º, n.º 1, são credores da insolvência os titulares de créditos de natureza patrimonial sobre o insolvente, ou garantidos por bens integrantes da massa

¹² Sobre a apreensão e liquidação do ativo, Serra, 2012a, pp. 121, 122 e 134 a 136.

¹³ Sobre a fase inicial do processo de insolvência e sua tramitação, Alexandre, 2005, pp. 62-66.

¹⁴ A este propósito, Lameiras, 2014, p. 275.

¹⁵ Epifânio, 2016, p. 15.

¹⁶ Sobre o âmbito subjetivo e objetivo do processo de insolvência. cfr. art. 2º, 3º CIRE e Serra, C., 2012a, pp. 34 a 39.

¹⁷ Sobre este preceito e questões suscitadas, Martins, L. M., 2017, p. 54.

¹⁸ Ac. RG 10.11.2016 (815/16.8T8GMR.G1).

¹⁹ A propósito dos créditos laborais no processo especial de revitalização (PER), Costa, 2015.

insolvente, cujo fundamento seja anterior à data dessa declaração, por contraposição aos “créditos sobre a massa”, os quais se constituem no decurso do processo (51º).

Os créditos sobre a insolvência classificam-se como créditos “garantidos” e “privilegiados” (que beneficiam, respetivamente, de garantias reais, incluindo os privilégios creditórios especiais, e privilégios creditórios gerais sobre bens integrantes da massa insolvente), “subordinados” (os créditos graduados em último lugar, que a lei qualifica negativamente, atentas as suas características subjetivas/ titular do crédito, ou objetivas) e créditos “comuns” (os demais créditos) – arts. 47º, n.º 4, 48º e 49º.

Face à dinâmica da relação existente entre empregador e trabalhador estabelecida através de um contrato de trabalho²⁰, poderemos estar perante créditos decorrentes da execução, violação e cessação do contrato de trabalho; ou, numa outra perspetiva, créditos remuneratórios (referentes a salários, subsídios de férias e de Natal, subsídio de alimentação, entre outros, isto é, decorrentes da própria execução do contrato de trabalho), compensatórios ou indemnizatórios²¹, essencialmente decorrentes da cessação do contrato de trabalho ou da sua violação²², tais como créditos resultantes da compensação devida ao trabalhador por cessação do contrato de trabalho por despedimento coletivo ou extinção do posto de trabalho.

A sua classificação como créditos sobre a insolvência ou créditos sobre a massa depende, como já referido, do momento da constituição dos créditos. Se tal, à primeira vista, poderá parecer simples, não o é quanto aos créditos decorrentes da cessação do contrato de trabalho ocorrida em momento posterior à declaração de insolvência.

1.3 Consequências jurídicas da insolvência do empregador no contrato de trabalho

Importa, então, perceber quais as consequências jurídicas da insolvência do empregador²³ nos contratos de trabalho celebrados por este.

²⁰ Sobre a noção de contrato de trabalho, suas características e distinção de figuras afins, por todos, Martinez, 2017, pp. 299 a 372 e Ramalho, 2016, pp. 19 a 109.

²¹ Nas palavras do Ac. RG 14.01.2016 (6034/13.8TBBRG-I.G1), “os créditos indemnizatórios consistem nos créditos que resultam de uma indemnização devida pela resolução do contrato de trabalho com justa causa por iniciativa do trabalhador anteriormente à declaração judicial de insolvência, ou de uma indemnização pela cessação do contrato de trabalho que resulta de um despedimento ilícito motivado pelo não cumprimento das normas previstas no CT pelo AI, nomeadamente das normas previstas para o procedimento do despedimento coletivo (359º e ss. e 383º CT). Os créditos compensatórios, por sua vez, consistem nos créditos resultantes da compensação devida ao trabalhador por cessação do contrato de trabalho por despedimento coletivo ou extinção do posto de trabalho”.

²² Para mais desenvolvimentos, Costeira, 2017, pp. 82 e ss.

²³ Quanto ao estatuto do AI no âmbito da relação laboral, se o empregador ou se apenas um representante legal do empregador, e no sentido de que se trata de um representante do empregador *ope legis*, Leitão, 2017a, p. 207, e Gomes, 2007, p. 937. Embora salientando os perigos de se fixar em abstrato limites aos poderes de atuação do AI enquanto representante do empregador, devendo antes atender-se às circunstâncias do caso concreto e interesses dos credores, Gomes, 2014, p. 199.

No Capítulo IV do CIRE, sob a epígrafe “efeitos sobre os negócios em curso”, encontramos normas que se ocupam dos efeitos da declaração da insolvência sobre diversos tipos de contratos, mas neles não figura o contrato de trabalho por insolvência do Empregador²⁴.

Pedro Romano Martinez²⁵ defende que o art. 111º é aplicável ao contrato de trabalho, nos termos do qual os contratos que obriguem à realização de prestação duradoura de um serviço no interesse do insolvente, e que não caduquem, não se suspendem com a declaração de insolvência, podendo ser denunciados por qualquer das partes, implicando a denúncia do AI uma compensação ao trabalhador calculada nos termos do art. 108º, n.º 3.

Carvalho Fernandes/ João Labareda²⁶ e Joana Vasconcelos²⁷ consideram antes aplicável o art. 277º, o qual preceitua que “Os efeitos da declaração de insolvência relativamente a contratos de trabalho e à relação laboral regem-se exclusivamente pela lei aplicável ao contrato de trabalho”, remetendo assim para o atual art. 347º CT.

Já Maria Rosário Ramalho²⁸ e Menezes Leitão²⁹ rejeitam a aplicação do art. 111º ao contrato de trabalho e salientam que o art. 277º se insere no Título XV do CIRE, referente às normas de conflito, não se tratando de uma “disposição remissiva de natureza substantiva”, pelo que considerando que existe uma lacuna no CIRE aplicam o disposto no art. 347º CT.

Na verdade, o contrato de trabalho não é um contrato de prestação de serviços e o próprio CIRE distingue estes dois tipos de contrato nos arts. 113º e 277º (argumentos dogmático e literal). Esta possibilidade de denúncia livre também contraria a intenção do legislador de promover a recuperação da empresa (argumento teleológico). Ademais, a possibilidade de livre denúncia pelo AI violaria o art. 53º CRP (argumento constitucional), ficando assim afastada a aplicação do art. 111º.

Não sendo caso de aplicação da norma de conflito do art. 277º, e existindo uma lacuna no CIRE, deve ser aplicável o art. 347º/1 CT, pelo que a insolvência do empregador não faz cessar automaticamente os contratos de trabalho, continuando a valer, após a declaração de insolvência, em princípio, as normas de direito do trabalho que anteriormente se aplicavam³⁰.

Preceitua o art. 347º/1 CT: “A declaração judicial de insolvência do empregador não faz cessar o contrato de trabalho, devendo o AI continuar a satisfazer integralmente

²⁴ Referindo-se apenas ao contrato de trabalho no art. 113º no caso de insolvência do trabalhador; ao contrário do CPEREF, que, no seu art. 172º, remetia para a LCCT.

²⁵ Martinez, 2017, pp. 955-960.

²⁶ Fernandes & Labareda, 2013, p. 986. Neste mesmo sentido, Brandão, 2014, p. 147.

²⁷ Vasconcelos, 2009, pp. 1093-1094.

²⁸ Ramalho, 2005, p. 154 e Ramalho, 2015, pp. 385-386.

²⁹ Leitão, 2017a, pp. 206-207.

³⁰ Sobre esta matéria veja-se Costeira, J., 2017, pp. 43-53 e Serra, 2013, pp. 187-206.

as obrigações para com os trabalhadores enquanto o estabelecimento não for definitivamente encerrado”; logo, a insolvência do empregador, só por si, não acarreta a caducidade do contrato de trabalho³¹. Acrescenta o n.º 2 daquele preceito: “Antes do encerramento definitivo do estabelecimento, o AI pode fazer cessar o contrato de trabalho de trabalhador cuja colaboração não seja indispensável ao funcionamento da empresa”.

Na jurisprudência, destacamos o Ac. RG de 03.05.2011 (1132/10.2TBBCL-D.G1): “Sendo o CIRE omissivo quanto aos efeitos da declaração de insolvência nos contratos de trabalho vigentes na sociedade insolvente, há que colmatar tal lacuna mediante remissão para o Código de Trabalho, designadamente para o seu art. 391º [correspondente ao atual art. 347º CT], o qual estabelece um princípio geral de manutenção dos contratos de trabalho após a declaração judicial de insolvência”, ficando assim o destino dos contratos de trabalho dependente do destino da empresa³² ³³, a deliberar pelos credores (manutenção, encerramento ou transmissão da empresa), podendo também o contrato de trabalho cessar³⁴ nos casos de manutenção da empresa por decisão do AI (347º/ 2 CT). Ocorrendo o encerramento definitivo da empresa (156º/1 e 2 e 157º), cessam os vínculos laborais por caducidade, dada a impossibilidade, absoluta e definitiva, de o empregador receber a prestação de trabalho³⁵. Em todo o caso, por força do art. 347º/3 CT, aplica-se com as necessárias adaptações³⁶ o procedimento previsto para o despedimento coletivo (360º ss CT), exceto se se tratar de microempresa.

2. Das garantias dos créditos laborais: privilégio mobiliário geral e imobiliário especial

Concretizando a tutela constitucional conferida aos créditos laborais³⁷, o legislador excecionou-os do princípio *par conditio creditorum* (do qual decorre o pagamento

³¹ Gomes, 2014, p. 196.

³² Para uma análise cuidada do destino da empresa insolvente, Costeira, J., 2017, pp. 29-35.

³³ Sobre a prevalência dos interesses subjacentes à recuperação da empresa sobre os interesses da sociedade e principais *stakeholders* no plano de recuperação enquadrado num processo de insolvência, por contraposição ao contexto de PER, Cunha, P. O., 2016, pp. 99-119.

³⁴ Sobre os efeitos da declaração de insolvência no contrato de trabalho, Costeira, J., 2017, pp. 37-68.

³⁵ Costeira, J., 2017, p. 56, salientando que tal é unânime na doutrina portuguesa.

³⁶ Sobre esta matéria e, ainda, sobre a indemnização devida ao trabalhador nestes casos, Costeira, J., 2017, pp. 59-62, salientando a p. 62 que “estando o procedimento de despedimento coletivo sujeito a uma tramitação formal rigorosa – sob pena de ser considerado ilícito nos termos do art. 383º do CT –, não parece que este possa ser aplicado integralmente aos contratos que caducam por força do encerramento definitivo da empresa insolvente, porquanto este encerramento não resulta de uma medida de gestão do empregador, mas sim de uma decisão que não depende da sua vontade e que, por si só, é fundamento suficiente para afastar algumas exigências procedimentais previstas nos arts. 360º e ss. do CT”. Ver ainda Ramalho, 2015, pp. 385-386.

³⁷ Na tutela dos créditos laborais há ainda que ter presente a proteção comunitária que para eles decorre da Diretiva 80/987/CEE, do Conselho, alterada pela Diretiva 2002/74/CE, de 23.09.2002, e da Diretiva 2008/94/CE, de 22.10.2008.

rateado pelos credores – 604º CC e 176º CIRE)³⁸, atribuindo-lhes um privilégio creditório³⁹ mobiliário geral e imobiliário especial⁴⁰.

Preceitua o art. 333º do CT^{41 42}:

“1 - Os créditos do trabalhador emergentes de contrato de trabalho, ou da sua violação ou cessação gozam dos seguintes privilégios creditórios:

a) Privilégio mobiliário geral;

b) Privilégio imobiliário especial sobre bem imóvel do empregador no qual o trabalhador presta a sua atividade.

2 - A graduação dos créditos faz-se pela ordem seguinte:

a) O crédito com privilégio mobiliário geral é graduado antes de crédito referido no n.º 1 do artigo 747º do Código Civil;

b) O crédito com privilégio imobiliário especial é graduado antes de crédito referido no artigo 748º do Código Civil e de crédito relativo a contribuição para a segurança social.”

2.1 Graduação do privilégio mobiliário geral

Beneficiam, assim, os créditos laborais do privilégio mobiliário geral⁴³, o qual incide sobre todos os bens móveis da empresa insolvente que venham a ser apreendidos para a massa insolvente.

No que diz respeito à sua graduação para pagamento com o produto da venda dos bens móveis apreendidos para a massa insolvente, e nos termos daquele n.º 2, al a), o crédito dos trabalhadores é graduado antes do crédito referido no n.º 1 do art. 747º⁴⁴ CC (créditos por impostos). Ou seja, não existindo hipoteca ou penhor sobre os bens móveis, o crédito dos trabalhadores será graduado em primeiro lugar, apenas cedendo perante

³⁸ Sobre o princípio da igualdade nos processos de insolvência luso-brasileiros, Castro, 2017, pp. 124-144.

³⁹ Privilégio creditório é a faculdade que a lei, em atenção à causa do crédito, concede a certos credores, independentemente do registo, de serem pagos com preferência a outros (art. 733º CC).

⁴⁰ Só os créditos não prescritos poderão ser reclamados e gozar dos privilégios creditórios que a lei lhes confere. Sobre Prescrição dos créditos laborais, Xavier, 2008, pp. 252-255 e Xavier, 2012, pp. 7 ss. Este autor, contrariando a posição unânime que até então vinha sendo defendida de forma pacífica no sentido em que a prescrição dos créditos laborais não corre, nem começa, durante a relação laboral, defende que à prescrição comum se soma a prescrição de curto prazo prevista no CT, que se destina a deixar encerradas as contas recíprocas entre o trabalhador e o empregador após um ano da cessação do contrato. Já mantendo aquela posição tradicional de que a prescrição não começa nem corre durante a relação de trabalho, Gomes, 2012, pp. 347 ss.

⁴¹ Sobre a evolução dos privilégios atribuídos aos créditos laborais no nosso ordenamento jurídico, Pires, 2015, pp. 215 e ss., salientando que deve ter-se por revogada a al. d), n.º 1, 737º CC, e ainda Abrantes, 2013, pp. 577 a 586.

⁴² Como meios alternativos de tutela dos créditos laborais, e que aqui não teremos possibilidade de analisar, destaca-se o FGS. Sobre este tema, Cunha, A. M., 2011, pp. 197-209. Como outros meios alternativos de tutela dos créditos laborais, refira-se a possibilidade de recurso ao art. 59º e responsabilidade do AI nesses termos, quanto aos trabalhadores contratados pelo AI após a declaração da insolvência, e se já era previsível a insuficiência da massa para satisfazer os seus créditos laborais; neste sentido, Gomes, 2014, pp. 205-206. Aludindo à possibilidade de serem fixados alimentos aos trabalhadores prevista no art. 84º, Ramalho, 2015, p. 163.

⁴³ Sobre a noção e características dos privilégios creditórios, Pires, 2015, pp. 84-128.

⁴⁴ Este preceito estabelece a ordem de graduação dos créditos com privilégio mobiliário.

créditos por despesas de justiça (746º CC) e, recentemente, perante os créditos dos credores que, no âmbito do PER, financiam a empresa com vista à sua revitalização (17º-H)⁴⁵ e, ainda, perante os créditos de prestadores de serviços essenciais nos termos previstos no art. 12º RERE. Com efeito, nos termos do art. 749, n.º 1, CC, o privilégio geral não vale contra terceiros, titulares de direitos que, recaindo sobre as coisas abrangidas pelo privilégio, sejam oponíveis ao exequente, como sucede com a hipoteca (686º CC) ou penhor (666º CC).

A graduação deste privilégio mobiliário geral dos trabalhadores tem levantado dúvidas no caso de bens sobre os quais incide penhor⁴⁶ e sendo também credor o ISS.

Nos termos do art. 204º/2⁴⁷ do CRCSPSS aprovado pela Lei 110/2009, 16.09 e com última alteração pelo DL 2/2018, 9.01 (correspondente ao anterior art. 10º/2 DL 103/80, 9.05), o crédito do ISS, que beneficia de privilégio mobiliário geral⁴⁸, prevalece sobre qualquer penhor, ainda que de constituição anterior.

Concorrendo créditos dos trabalhadores e crédito privilegiado do ISS, e quanto a bens móveis, de acordo com o citado art. 333º/2 a) CT, conjugado com os arts. 747º/1 CC e 204º/1⁴⁹ do CRCSPSS, devem os créditos laborais ser graduados antes do crédito do ISS; sendo que, no confronto entre créditos laborais e crédito pignoratício, deverá prevalecer o penhor, nos termos do art. 749º CC.

Verifica-se, assim, um conflito de normas, que tem levado a divergência jurisprudencial.

⁴⁵ Sobre estes créditos, Peralta, 2015, pp. 279-311. A propósito deste privilégio previsto no 17º-H, defende Catarina Serra (2013, p. 204) a aplicação aos créditos laborais, relativos a prestações de trabalho efetuadas durante o PER. Ana Ribeiro e Costa, apesar da bondade desta solução, entende que o art. 17-H apenas inclui credores financeiros, conforme resulta da letra da lei. Porém, considera “que os créditos laborais referentes à execução do contrato de trabalho durante o processo especial de revitalização devem equiparar-se às “dívidas da massa” em sede de insolvência, devendo, portanto, ser pagas preferencialmente (172º e 219º), não devendo ser incluídas no plano de recuperação, que abrangerá apenas os créditos vencidos até ao recebimento do processo especial de revitalização e nomeação do AJP, ou, quando muito, até à data do termo do prazo para a reclamação de créditos”. Costa, A. R, 2015, p. 74.

⁴⁶ O penhor constitui uma causa legítima de preferência (604º/2 CC) e garantia real do cumprimento das obrigações, que confere ao credor titular o direito à satisfação do seu crédito, bem como dos juros, se os houver, com preferência sobre os demais credores, pelo valor de certa coisa móvel, ou pelo valor de créditos ou outros direitos não suscetíveis de hipoteca, pertencentes ao devedor ou a terceiro (666º/1 CC).

⁴⁷ Advogando a inconstitucionalidade deste preceito, pelas mesmas razões que levaram à declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral a propósito do privilégio imobiliário geral criado pelo DL 103/80, de 9 Maio (falta de publicidade, falta de conexão entre o bem sobre o qual recai a garantia e a causa do crédito, a inexistência de limite temporal e a existência de garantias alternativas), Pires, 2015, p. 127. Porém, o TC já se pronunciou no sentido da não inconstitucionalidade deste preceito no Ac. de 10.03.2009, Processo n.º 634/08, (http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_palavras.php?buscajur=&ficha=1436&pagina=57&exacta=&nid=8803). Também Salvador da Costa entende não estarmos perante um preceito inconstitucional (2015, p. 242).

⁴⁸ Ao contrário do privilégio dos trabalhadores, este privilégio extingue-se com a declaração de insolvência nos termos do art. 97º.

⁴⁹ A propósito da graduação, quanto a bens móveis, de créditos privilegiados do ISS e de impostos, preceituando o art. 204º/2 que o crédito do ISS é graduado nos termos referidos no art. 747º/1 a) CC: para Miguel Lucas Pires (2015, p. 287), o crédito do ISS é graduado em pé de igualdade com o crédito fiscal. Em sentido contrário na jurisprudência, prevalecendo o crédito de impostos, v. ac. RP. 7.02.2017 (5306/15.1T8OAZ-A.P1).

Para uns, esta contradição normativa, ou, nas palavras de Baptista Machado, “lacuna de colisão”⁵⁰, deve ser resolvida graduando-se em primeiro lugar o crédito pignoratício, em segundo lugar o crédito dos trabalhadores e em terceiro lugar o crédito do ISS, em razão da natureza real do penhor e da sequela daí resultante sobre os bens empenhados, que prevalece sobre os privilégios creditórios gerais nos termos do art. 749º CC. Salientam a natureza excecional dos privilégios creditórios em geral que, à margem do princípio da autonomia privada, afetam o princípio da igualdade entre os credores; defendem que, tratando-se de normas excecionais, não podem ser aplicadas por analogia e devem as mesmas ser objeto de interpretação restritiva⁵¹. Acrescentam também que é esta interpretação que está mais em conformidade com a evolução legislativa que caminha no sentido de pôr o Estado mais atuante, com uma atuação dinâmica, e não através de privilégios que o façam aproveitar do dinamismo (e do património) dos cidadãos. Assim, apelando ao princípio da proteção da confiança e da segurança do comércio jurídico, concorrendo créditos fiscais do Estado ou créditos dos trabalhadores, consideram não ser aplicável aquele art. 204º/2⁵².

António Menezes Cordeiro aponta também para a necessidade de interpretação restritiva de norma excecional que prevê um privilégio creditório geral, sendo proibida a sua aplicação analógica⁵³. E, precisamente tendo por base essa doutrina, Salvador da Costa⁵⁴ defende que, no concurso entre o crédito pignoratício, crédito fiscal e crédito do ISS, a graduação deve ser feita por essa ordem.

Para outra corrente, concorrendo créditos do ISS, crédito pignoratício e crédito laboral, deve graduar-se em primeiro lugar o crédito dos trabalhadores, em segundo lugar o crédito do ISS e em terceiro lugar o crédito garantido por penhor. Consideram que, tratando-se de um regime especial, deve prevalecer sobre o regime geral do art. 749º do CC, e que este art. 204º tem de ser lido e interpretado como um bloco normativo que consubstancia um intencional desvio ao comando resultante dos arts. 666º/1 e 749º CC⁵⁵.

Afigura-se-nos que esta corrente (claramente minoritária na jurisprudência) tem o inconveniente de penalizar excessivamente o crédito pignoratício, fazendo cair por completo a relevância prática da natureza real e sequela do penhor.

⁵⁰ Contradições entre normas da mesma hierarquia que entrem em vigor na mesma data, “um espaço jurídico à primeira vista duplamente ocupado fica a constituir um espaço jurídico desocupado, uma lacuna” Machado, J. B., 2006, p. 196.

⁵¹ Embora hoje seja discutível este entendimento. Neves, 1993, pp. 265-273.

⁵² Neste sentido, cfr. Ac. RP. 6.05.2010 (744/08.9TBVFR-E.P1), STJ 22.04.1999 (98B1084), RE 5.11.2015 (284/14.7TBRMR-A.E1), RG 25.05.2017 (703/13.0TBMDL-K.G1), RG 11.01.2011 (881/07.7TBVCT-M.G1). Abordando também esta questão e optando por fazer prevalecer o penhor, veja-se Teixeira, 2012, p. 76.

⁵³ Cordeiro, A. M., 1998, p. 660.

⁵⁴ Costa, S., 2015, p. 54.

⁵⁵ Neste sentido, também abrangendo as hipóteses de concorrência de créditos do ISS, créditos de impostos e créditos pignoratícios, v. Ac. RC 16.05.2000 CJ, ano XXV, Tomo III, pp. 9-12; e ainda Pires, 2015, p. 361.

Uma terceira corrente vem defendendo que, enquanto regra especial, esta norma do art. 204/2 impõe-se relativamente à regra geral do art. 749º CC. Afirmam que não existe uma verdadeira colisão normativa, a qual não se adequa ao princípio ínsito no art. 9º/3 CC, no sentido em que, na fixação do sentido e alcance da lei, “o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados”. Consideram que o crédito do ISS deverá sempre prevalecer sobre o crédito que beneficie de penhor, ainda que concorram créditos laborais, não sendo defensável que este art. 204º/2 só tenha aplicação quando concorram em exclusivo o privilégio mobiliário geral do ISS e o penhor. Não impede a aplicação deste n.º 2 o facto de concorrerem também créditos laborais, pois nem isso resulta da letra da lei, nem parece que tal ideia haja estado na mente do legislador, sabendo-se que só muito raramente com aqueles dois créditos não concorrerão outros créditos privilegiados, como os da Autoridade Tributária ou dos trabalhadores⁵⁶.

Acrescentam que não se pode negar a importância social de que cada vez mais acentuadamente se reveste a garantia mobiliária e imobiliária dos créditos da Segurança Social e que esteve na origem das disposições dos arts. 204º CRCSPSS e 10º do pretérito DL 103/80 de 9/05, sendo que o TC vem decidindo que o n.º 2 daquele art. 10º (que tem o seu equivalente no atual art. 204/2 CRCSPSS) não é inconstitucional – cfr. acórdãos do TC n.º 64/09 de 10/02/2009 e n.º 108/09 de 10/03/2009⁵⁷. O TC tem entendido que o princípio da confiança, ínsito na ideia de Estado de Direito democrático (2º CRP), é violado apenas quando haja uma afetação inadmissível, arbitrária ou demasiado onerosa de expectativas legitimamente fundadas dos cidadãos, o que não se verifica *in casu*.

Propendemos para esta interpretação, a qual temos vindo a seguir nas nossas decisões⁵⁸, pois não nos parece razoável fazer depender a ordem de graduação prevista no art. 204º/2 da circunstância aleatória de o concurso envolver ou não créditos do Estado ou do trabalhador, ficando desta forma a defesa do interesse social da sustentabilidade da Segurança Social (ou seja, interesses prioritários do próprio Estado) totalmente dependentes de fatores exógenos, aleatórios e que escapam ao próprio Estado.

A letra do art. 204º/2, ao prever que o crédito do ISS prevalece sobre qualquer penhor, ainda que de constituição anterior, aponta nesse sentido. Ou seja, o crédito do ISS deve prevalecer sobre todo e qualquer penhor, sejam quais forem as circunstâncias concretas que rodeiam a constituição desse penhor ou o exercício do mesmo, e

⁵⁶ Esta corrente é seguida pelos Ac. RC 10.03.2015 (2558/12.2TLRA-C.C1), RC 11.12.2012 (241/11.5TBNLS-B.C1), RE 30.04.2015, (1277/13.7TBCTX-B.E1), RG 31.03.2016 (565/14.0T8VCT-B.G1) e, ainda, Ac. STJ 17.12.2009 (1174/06.2TBMGR) (<http://www.stj.pt/ficheiros/jurisp-tematica/insolvencia.pdf>).

⁵⁷ Disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

⁵⁸ A título exemplificativo, sentença proferida no Proc. n.º 535/18.9T8AMT-C do Juízo de Comércio de Amarante – J3 (sentença confirmada por Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 05/09/2019).

independentemente da concorrência ou não de créditos fiscais ou laborais. Ademais, há que ter presente que este art. 204º/2 corresponde ao pretérito art. 10º DL 103/80, tendo-se discutido esta graduação na sua vigência, pelo que o legislador teve oportunidade de (caso considerasse necessário) corrigir o sentido da letra da lei. Ao invés, e mesmo após a aprovação do CT pela Lei 7/2009, 12/02, o legislador manteve aquela regra de graduação de créditos e, conhecedor desta divergência, também não se preocupou em alterar este art. 204º/2 com a última alteração ao CRCSPSS. Também não se poderá esquecer que o art. 204º/2 é posterior ao art. 333º CT, constituindo uma regra especial face à regra geral de graduação do crédito previdencial ínsita no n.º 1 do art. 204º, devendo também ser vista como uma regra especial face ao art. 333º/2a) CT.

Na verdade, o legislador, não podendo ignorar a regra geral da ineficácia dos privilégios mobiliários gerais do art. 749º/1 CC, também não podia deixar de estar ciente de que, com a hierarquização delineada pelo art. 204º/2, forçosamente situava o privilégio mobiliário geral dos créditos da Segurança Social numa situação de primazia relativamente a todos os outros créditos dotados do mesmo privilégio, incluindo os créditos mencionados no art. 333º do CT⁵⁹.

Esta contradição aparente de normas esbate-se ainda mais se atentarmos que a graduação do privilégio mobiliário dos trabalhadores não é efetuada por referência ao crédito do ISS, mas antes por referência ao crédito do art. 747º/1 CC.

Por último, constatamos que o argumento que leva à interpretação restritiva deste art. 204º/2 CC – obstar a que os créditos do ISS sejam graduados à frente dos créditos dos trabalhadores e do Estado –, em termos práticos, e na grande maioria dos casos, não tem razão de ser. Na verdade, atenta a exiguidade dos bens objeto de penhor, por contraposição com o valor elevado do crédito pignoratício, sempre será indiferente para os créditos fiscais ou laborais ser graduado à sua frente apenas o crédito pignoratício, ou também antes o crédito do ISS, pois dificilmente os trabalhadores ou o Estado irão receber algum pagamento. Parece, assim, artificial afastar a prevalência do crédito do ISS sobre o penhor, com o argumento de que deve prevalecer a ordem de graduação prevista para os créditos laborais, fiscais e ISS quando, analisada a situação concreta, é mais que manifesto que para esses créditos laborais e fiscais será inócua essa graduação, e acabando-se por beneficiar exclusivamente com essa interpretação restritiva o credor pignoratício, precisamente aquele que o legislador claramente quis preterir em favor do ISS. Concorde-se, ou não, com esta regra, é este o regime legal vigente e que, segundo o TC, não padece de inconstitucionalidade.

⁵⁹ Cfr. Ac. RC 11.12.2012, já citado.

Em súmula, afigura-se-nos não existirem argumentos suficientemente ponderosos que justifiquem a não aplicação do art. 204º/2 quando também concorram créditos laborais com os créditos do ISS e penhor.

2.2 Privilégio imobiliário especial

Os créditos dos trabalhadores beneficiam ainda de privilégio imobiliário especial, nos termos do citado art. 333º/1, b) CT, correspondente ao anterior 377º do CT.

Com efeito, de forma inovadora, relativamente ao direito pretérito, o art. 377º/1 b) CT (aprovado pela Lei 99/2003, de 27.8) veio conceder aos trabalhadores privilégio imobiliário especial sobre os bens imóveis do empregador nos quais o trabalhador preste a sua atividade, em substituição do preexistente privilégio imobiliário geral, concedido pelas Leis 17/86, de 14.6 e 96/2001, de 20.8, que, alterando a Lei 17/86 (Lei dos Salários em Atraso), reforça os privilégios dos créditos laborais em processo de falência.

Os créditos dos trabalhadores passaram, assim, com o novo CT, a gozar de privilégio imobiliário especial. Apesar da redução dos bens imóveis abrangidos pelo privilégio, esta alteração constituiu um inquestionável reforço da tutela dos créditos laborais, ficando este privilégio, sem margem para dúvidas, abrangido pela letra do art. 751º CC (na redação introduzida pelo DL 38/2003, 8.03), nos termos do qual “os privilégios imobiliários especiais são oponíveis a terceiros que adquiram o prédio ou um direito real sobre ele e preferem à consignação de rendimentos, à hipoteca ou ao direito de retenção, ainda que estas garantias sejam anteriores”.

Quanto ao âmbito deste privilégio, uma interpretação literal desta norma conduziu a que alguns⁶⁰ considerassem que o trabalhador só teria privilégio sobre o imóvel no qual em concreto exercesse a sua atividade, exigindo uma conexão naturalística entre o imóvel e o trabalhador, desvalorizando a envolvente vertente funcional.

Ora, esta interpretação não está em conformidade com a tutela constitucional conferida aos créditos salariais (59º CRP), pondo em causa a igualdade de tratamento salarial. Exemplos: se um trabalhador exerce a atividade na sede da insolvente (imóvel propriedade da insolvente) e outro numa filial (cujas instalações estavam arrendadas); concessão de privilégio aos trabalhadores administrativos que trabalham fisicamente na sede e a sua não atribuição aos trabalhadores comerciais ou vendedores que, pela própria

⁶⁰ Embora reconhecendo que a sobrevalorização do elemento naturalístico do local de trabalho pode gerar desigualdade entre os trabalhadores, Salvador da Costa, reponderando até a sua anterior posição, considera que “interpretando a expressão da lei a partir da sua letra e tendo em conta a natureza e o efeito deste privilégio imobiliário especial, bem como a existência de uma publicidade mínima para a segurança do comércio jurídico, a referida garantia especial só releva em relação ao concreto imóvel onde o trabalhador exerça ou exerceu a sua atividade profissional” (Costa, S., 2015, pp. 250 e 251). Também Miguel Lucas Pires (2015, p. 251), considerando que apenas estão abrangidos pelo privilégio os concretos bens imóveis do empregador nos quais o trabalhador exerce a sua atividade. Na jurisprudência, v. Ac. STJ 19.06.2008 (o8B974).

natureza das suas funções, não têm um local certo de trabalho, antes exercendo a sua atividade no exterior das instalações da empresa, angariando clientes. Nas palavras de Júlio Gomes, “Seria, quanto a nós, verdadeiramente paradoxal que em um sistema em que a lei fundamental consagra um princípio de a trabalho igual, salário igual” pudessem consagrar-se garantias que viessem introduzir uma desigualdade inteiramente arbitrária entre os trabalhadores da mesma empresa”^{61 62}.

Hoje vem sendo jurisprudência pacífica uma concepção funcionalística deste privilégio imobiliário especial dos trabalhadores (cfr. Ac. RC de 23.09.2014, 528/13.2TBFND-C.C1)⁶³. Esta noção ampla do privilégio imobiliário especial dos trabalhadores fora também acolhida pelo AUJ n.º 8/2016, DR IS de 15.04.2016, que uniformizou a jurisprudência no sentido em que “os imóveis construídos por empresa de construção civil, destinados a comercialização, estão excluídos da garantia do privilégio imobiliário especial previsto no art. 377º, n.º 1, al b), do Código do Trabalho de 2003”. Este acórdão deve ter-se por aplicável ao privilégio previsto no atual art. 333º CT.

Antes da prolação daquele AUJ, discutia-se na jurisprudência se tal privilégio se deveria estender apenas àqueles prédios onde a atividade laboral é regular e não transitória ou esporádica, ou se, por outro lado, também se poderiam considerar abrangidos por aquele privilégio os imóveis objeto da própria atividade de construção civil da insolvente. Este foi o entendimento seguido no Ac. STJ 13.09.2011⁶⁴, defendendo que os imóveis destinados à construção ou construídos para revenda são bens tangíveis constitutivos do ativo da empresa e, por isso, parte integrante do património afeto à atividade empresarial que a insolvente desenvolvia.

No que concerne a este AUJ, questionamos se não estaria correta a interpretação de fazer integrar os imóveis decorrentes da atividade de construção civil do devedor insolvente no âmbito objetivo daquele privilégio imobiliário, conforme defendido, aliás, no projeto inicial do Ac. elaborado pela Juíza Conselheira Maria Clara Sottomayor.

Na verdade, muitas vezes as empresas de construção civil não são titulares de outros bens imóveis além daqueles por si construídos ou destinados à construção, e os bens móveis ou são ferramentas ou utensílios já obsoletos e de baixo valor, ou foram adquiridos com recurso a contrato de locação financeira⁶⁵, pelo que não são apreendidos no âmbito do processo de insolvência. Ou seja, perante a insolvência da empresa de construção civil, é manifesto o risco de os trabalhadores não verem ressarcidos os seus

⁶¹ Gomes, 2014, p. 207.

⁶² Abordando esta questão e neste sentido v Romeiro, 2014, p. 53.

⁶³ Neste sentido, na doutrina, v. Ramalho, 2015, p. 399.

⁶⁴ 504/08.7TBAMR.

⁶⁵ Sobre esta matéria, Morais, 2011.

créditos, o que muitas vezes só é possível parcialmente através da intervenção do FGS⁶⁶. Sem prejuízo da bondade ou não dos argumentos jurídicos daquele AUJ, não podemos deixar de constatar que aquela decisão representa uma diminuição da tutela efetiva dos créditos dos trabalhadores no âmbito de processo de insolvência das empresas de construção civil, não se atentando na realidade destas empresas e desfavorecendo os trabalhadores, em detrimento das instituições bancárias, sendo pouco provável a existência de conflitos entre o crédito dos trabalhadores e o crédito do consumidor promitente-comprador com *traditio*⁶⁷, potencial conflito esse que terá sido ponderoso na tese que fez vencimento no AUJ. Porém, e independentemente de o juiz concordar ou não com aquela solução, deverá aplicá-la, tendo presente o caráter uniformizador de jurisprudência daquele Acórdão⁶⁸.

A propósito dos créditos dos trabalhadores, importa notar (ao contrário daquilo que muitas vezes é pugnado pelos credores hipotecários) que a natureza garantida/privilegiada do crédito dos trabalhadores permanece incólume, ainda que o trabalhador seja sócio da insolvente, filho ou cônjuge do sócio ou administrador, pois tal como sublinha Júlio Gomes, “os trabalhadores subordinados terão créditos privilegiados, não podendo ser subordinados por força do art. 47º n.º 4 al b), mesmo que se trate de pessoas especialmente relacionadas com o devedor mencionadas no art. 49º, conquanto tenham um genuíno contrato de trabalho”⁶⁹.

Atualmente também parecem estar removidas as dúvidas que vinham sendo levantadas sobre a (in)constitucionalidade da prevalência do privilégio imobiliário especial sobre a hipoteca⁷⁰.

Sobre esta questão, e ainda no domínio do art. 377º CT, pronunciou-se o TC, no sentido de não estar afetada de inconstitucionalidade a norma do art. 377º/1, b) assim interpretada. No seu Ac. 335/2008, de 19.06.2008, sustentando não ser particularmente sólida a expectativa jurídica numa graduação preferencial dos credores hipotecários, quer pela incerteza quanto à criação, por via legislativa, de novos créditos, quer pela

⁶⁶ Sobre a graduação dos créditos dos trabalhadores e os créditos do FGS sub-rogado parcialmente no lugar dos trabalhadores, Gomes, 2014, pp. 207 e 208, defendendo que “*de iure condendo* parece-nos que o Fundo deveria ser financiado primordialmente pelo Estado e que as suas possibilidades de sub-rogação só deveriam existir após ter-se verificado o pagamento integral dos trabalhadores garantidos”, embora reconhecendo que face ao regime vigente devem ser graduados a par. É também este o entendimento maioritário da jurisprudência. A título exemplificativo, cfr. Ac. RG 28.02.2013 (1129/06.7TBGMR-L.G1). Na doutrina, neste sentido v Abrantes, 2015, pp. 409-412. Em sentido contrário, na doutrina, fazendo prevalecer o crédito do trabalhador não pago pelo FGS sobre o crédito sub-rogado, Martins, L. M., 2014, p. 197. Analisando esta questão, Proença, E, 2013.

⁶⁷ Sobre esta matéria, cfr. AUJ 4/2014, DR 95/2014, SI de 19.05.2014.

⁶⁸ Sobre a força vinculativa dos AUJ, v. Ac STJ 11.09.2014 (3871/12.4 TBVFR-A.P1.S1), segundo o qual a doutrina uniformizada pelo Supremo, ainda que não vinculativa para quaisquer tribunais, apenas se justifica não ser seguida quando na presença de fortes razões ou outras especiais circunstâncias que porventura ainda não tenham sido suficientemente ponderadas.

⁶⁹ Gomes, 2014, p. 201.

⁷⁰ Criticando a prevalência dos privilégios imobiliários especiais sobre os créditos hipotecários, conforme decorre do art. 751º do CC, v. Pires, 2015, pp. 165-168.

divergência que já assolava a jurisprudência no quadro normativo anterior, reconhecendo a realidade que justifica o tratamento diferenciado dos créditos laborais, cujo interesse de ordem pública e social demanda um reforço da sua tutela constitucional, concluindo que: “daí que não seja possível dizer-se que os credores cujos créditos se encontravam garantidos por hipotecas constituídas em data anterior à entrada em vigor do Código de Trabalho tinham uma expectativa legítima, sólida e relevante de que, em caso de falência do devedor, os seus créditos, por força das hipotecas que os garantem, prevaleceriam sobre os dos trabalhadores da falida, no caso das hipotecas recaírem sobre o imóvel onde aqueles laboravam”.

E adianta o mesmo Acórdão: “esta especial consideração pelos créditos laborais afasta qualquer juízo de arbitrariedade sobre a aplicação retrospectiva da norma constante da alínea b), do n.º 1, do art. 377º, do CT, com a consequência dos créditos laborais garantidos por privilégio imobiliário especial sobre o bem imóvel do empregador onde o trabalhador preste a sua atividade prevalecerem sobre os créditos garantidos por hipoteca voluntária constituída sobre esses bens em data anterior à entrada em vigor do referido diploma legal, desde que a data do evento que determinou o concurso entre os dois tipos de créditos – a falência do devedor-empregador – seja superveniente”.

Neste mesmo sentido, veja-se ainda o Ac. RC 11.01.2011 (1220/04.4TBMGR-A.C1).

3. Classificação dos créditos: o crédito decorrente da cessação do contrato de trabalho, quando a extinção da relação laboral ocorre em data posterior à declaração da insolvência

Conforme já referimos, o critério de distinção entre créditos da insolvência e créditos sobre a massa insolvente prende-se essencialmente com o momento de constituição do respetivo crédito (47º e 51º).

Sendo classificados como créditos sobre a insolvência, os créditos laborais assumem a natureza de créditos garantidos (quando lhes é reconhecido o privilégio imobiliário especial), privilegiados (quando apenas são apreendidos bens móveis) ou comuns (não sendo apreendidos bens móveis e se sobre os imóveis apreendidos não recai privilégio imobiliário especial) – cfr. art. 47º/4 a) e c).

O pagamento dos créditos laborais sobre a insolvência far-se-á nos termos dos arts. 173º a 175º, respeitando a graduação de créditos efetuada pela sentença de verificação e graduação de créditos, e sempre depois de pagas as dívidas da massa insolvente (172º).

Já se o crédito laboral for classificado como um crédito sobre a massa insolvente, a posição do trabalhador sai amplamente tutelada, pois do produto da liquidação dos bens apreendidos são sempre pagas em primeiro lugar as dívidas da massa insolvente,

previstas no art. 51º, designadamente as custas do processo, bem como as despesas de liquidação, incluindo a remuneração e despesas do AI (46º/1 e 172º). Ademais, o pagamento dos seus créditos não terá de aguardar pelo trânsito em julgado da sentença de reclamação de créditos, na medida em que o pagamento das dívidas da massa insolvente tem lugar nas datas dos respectivos vencimentos, qualquer que seja o estado do processo (172º/3 e 173º).

A questão assume simplicidade quando estamos perante créditos remuneratórios, constituindo um critério seguro atender ao momento da constituição da dívida, se antes ou depois da declaração judicial da insolvência, respetivamente. Assim, os créditos resultantes de retribuições não pagas e vencidas após a declaração de insolvência configuram uma dívida da massa insolvente⁷¹ subsumível ao art. 51º, c) ou d), conjugado com o art. 55º/1 b) e 347º/1 CT⁷². Já as retribuições vencidas e não pagas antes da declaração da insolvência correspondem a créditos garantidos, privilegiados ou comuns em harmonia com o art. 47º/4 e 333º do CT⁷³.

De igual forma, não reveste dificuldade qualificar como crédito sobre a insolvência o crédito decorrente da cessação do contrato de trabalho, quando o contrato cessou antes da declaração de insolvência. É também claro que assume a natureza de crédito sobre a massa o crédito compensatório pela cessação do contrato de trabalho no caso de trabalhadores contratados pelo próprio AI⁷⁴.

Questão controvertida é a da qualificação dos créditos compensatórios quando o contrato de trabalho houver sido celebrado antes da declaração de insolvência, mas a sua cessação tiver ocorrido depois da declaração de insolvência.

Nestes casos, o crédito só surge depois da declaração de insolvência, mas o seu fundamento prende-se com a atividade laboral prestada em data anterior à declaração de insolvência e o valor do crédito depende da antiguidade do trabalhador, a qual abrange período anterior à declaração de insolvência.

Nesta matéria têm vindo a ser defendidas três teses.

Para a doutrina tradicional⁷⁵, ocorrendo a cessação do contrato de trabalho em data posterior à declaração de insolvência, quer o contrato de trabalho tenha sido celebrado em data anterior ou posterior à declaração de insolvência, o crédito revestirá a natureza de crédito sobre a massa insolvente.

Neste sentido, na jurisprudência, veja-se o Ac. RG 29.09.2014 (6320/07.6TBBERG-W.G1), considerando que o “ato de cessação de contratos de trabalho, após a declaração

⁷¹ Cfr. Lizardo, 2013, pp. 207-215.

⁷² Neste sentido, Ramalho, 2015, pp. 400 e 401.

⁷³ Cfr. Ac STJ 5.07.2016 (6034/13.8TBBERG-N.G1.S1).

⁷⁴ Neste sentido, Serra, 2013, pp. 190-193 e Ramalho, 2015, p. 401.

⁷⁵ Fernandes, 2004, p. 26.

de insolvência, traduz-se num ato de gestão e administração da massa insolvente, sendo esta responsável pelas dívidas que daí surjam, com a extinção dos contratos de trabalho, que devem ser pagas nos termos do art. 51 n.º 1 al c) e 172 n.º 1, 2 e 3, ambos do CIRE”⁷⁶.

Maria do Rosário Ramalho⁷⁷, depois de analisar as três correntes que têm vindo a surgir nesta matéria, subscreeve a qualificação dos créditos compensatórios por cessação do contrato de trabalho após a declaração de insolvência como créditos sobre a massa insolvente. Considera impraticável a solução, que apelida de “salomónica”, “de separar os créditos indemnizatórios dos trabalhadores em duas parcelas, considerando a parte da indemnização correspondente ao tempo de trabalho decorrido após a declaração de insolvência como crédito sobre a massa, e a parte que corresponde ao tempo de execução do contrato decorrido antes da declaração de insolvência como crédito sobre a insolvência”⁷⁸, atento o momento do surgimento do crédito e o seu carácter eventual (já que não se sabe à partida o concreto destino dos contratos de trabalho, sendo o crédito decorrente da sua cessação de verificação eventual, podendo o contrato de trabalho manter-se ou acompanhar a transmissão do estabelecimento), e aponta ainda a natureza unitária da indemnização compensatória.

Menezes Leitão⁷⁹, criticando o Ac. RC de 14.07.2010, no qual tais créditos foram qualificados como créditos sobre a insolvência, considerou que tal configura uma “solução absurda” e uma “flagrante violação da igualdade laboral”, passando a existir numa mesma empresa trabalhadores de primeira e de segunda: uns seriam os contratados pelo AI, que receberiam como crédito sobre a massa, enquanto os outros seriam meros credores da insolvência⁸⁰.

Este Ac. RC de 14.07.2010 seguiu o entendimento de que esses créditos compensatórios constituem créditos sobre a insolvência, considerando que

“a essência da ratio da existência de dívidas qualificáveis como ‘dívidas da massa’, a pagar com precipuidade, está na circunstância de haver dívidas de funcionamento da empresa no período posterior à declaração de insolvência e de haver dívidas que são contraídas tendo exclusivamente em vista a própria atividade de liquidação e partilha da massa, situação em que não estão ou se enquadram as dívidas por cessação dos contratos de trabalho, principalmente quando tal cessação, como é o caso, está indissolúvelmente ligada às vicissitudes que laceravam a empresa insolvente”.

⁷⁶ E ainda Ac. RE 14.06.2012 (177/09.0TBVRS-F.E1), RP. 7.06.2010, (373/07.4TYVNG-V.P1), RP. 14.10.2013 (711/12.8TTMTS.P1), RG 9.07.2015 (72/12.5TBVRL-AG.G1), STJ de 16.06.2016 (775/12.4TTMTS.P3.S1), RE 19.01.2017 (643/15.8T8PTM-A.E1).

⁷⁷ Ramalho, 2015, pp. 402-404.

⁷⁸ Ramalho, 2015, p. 403.

⁷⁹ Leitão, 2011, pp. 63 a 66, e ainda Leitão, 2017c, p. 30.

⁸⁰ Acompanhamos J. Gomes, “não vemos trabalhadores ‘de primeira’ e ‘de segunda’, mas sim trabalhadores cuja continuação ao serviço (ou até contratação) é conveniente e trabalhadores que o AI considera oportuno dispensar”. Gomes, 2014, p. 202, nota de rodapé 26.

Júlio Gomes⁸¹, logo expressando ser defensável a referida tese de Menezes Leitão, mais próxima da letra da lei, não deixa de reconhecer a pertinência da tese adotada naquele Ac. da RC, invocando argumentos de justiça material a seu favor, embora considerando a solução dúbia.

Salienta que a teleologia das dívidas da massa é a apontada pelo Tribunal: permitir que a empresa permaneça em funcionamento, seja para facilitar a sua liquidação ou tentar a sua recuperação. E acrescenta: “a questão da compensação pelo despedimento coletivo é, no entanto, mais duvidosa. Repare-se que a tese da doutrina dominante conduz, outrossim, a uma grave desigualdade de tratamento entre trabalhadores: trabalhadores da empresa que tenham sido abrangidos por um despedimento coletivo praticado antes da declaração de insolvência terão apenas um crédito sobre a insolvência, enquanto os trabalhadores que sejam objeto de um despedimento coletivo ou de uma caducidade por encerramento após a declaração de insolvência teriam um crédito sobre a massa, apenas porque, por hipótese, o despedimento coletivo ou a caducidade que os afetou teve lugar alguns dias depois”^{82 83}.

Perante a injustiça material que pode decorrer do art. 51º, qualificando cegamente como créditos sobre a massa todos os créditos decorrentes da cessação do contrato de trabalho após a declaração de insolvência, Júlio Gomes⁸⁴ defende uma interpretação teleológica e restritiva do art. 51º. Ou seja, o crédito compensatório representa uma dívida da massa, salvo na medida em que se reporte a trabalho realizado em período anterior à declaração de insolvência. Acrescenta que a al. e) do n.º 1 do art. 51º, ao referir que é dívida da massa insolvente “qualquer dívida resultante de contrato bilateral cujo cumprimento não possa ser recusado pelo AI, salvo na medida em que se reporte a período anterior à declaração de insolvência”⁸⁵, parece referir-se, designadamente, ao contrato de trabalho, questionando se aquela compensação por antiguidade, ainda que

⁸¹ Gomes, 2014, pp. 202 e ss.

⁸² Gomes, 2014, p. 203.

⁸³ E ainda mais ilustrativo desta desigualdade é o concreto exemplo dado por J. Gomes, que pela sua clareza aqui citamos: “suponhamos que dois trabalhadores foram contratados no mesmo dia e trabalharam ambos vinte anos para o mesmo empregador; um deles é abrangido por um despedimento coletivo, a que se segue algumas semanas depois a declaração de insolvência e o outro atingido pela caducidade do seu contrato de trabalho por encerramento definitivo da empresa que ocorre algumas semanas após a declaração de insolvência. Justificar-se-ia que o primeiro, relativamente à compensação a que tem direito pelo despedimento coletivo (e que pode não ter recebido se a empresa já tivesse o estatuto de empresa em situação económica difícil) tivesse apenas um crédito sobre a insolvência e o segundo, só porque trabalhou mais algumas semanas, um crédito sobre a massa (respeitante à totalidade da compensação e não apenas à respeitante à duração do contrato após a declaração da insolvência)?” Gomes, (2014), p. 202, nota de rodapé 28. É manifesto que tal configura uma situação de clamorosa injustiça, rapidamente perceptível para aquele que tem de aplicar o direito da insolvência ao caso concreto, e daí se compreenda a tendência de alguma jurisprudência para a não qualificação dos créditos decorrentes da cessação do contrato de trabalho como créditos sobre a massa.

⁸⁴ Gomes, 2014, p. 202.

⁸⁵ Gomes, 2014, p. 203.

desencadeada por uma atuação do AI, não se reporta, afinal, a período anterior (ou, pelo menos, parcialmente anterior) a essa declaração.

Para justificar esta interpretação restritiva, salienta as próprias restrições estabelecidas pelas al. f), g) e e) quando se reportam a período anterior à declaração de insolvência e conclui: “não nos parece que se possa dizer, regra geral, que a compensação devida pela cessação seja uma daquelas despesas que se inserem no escopo da lei ao qualificar certas dívidas como dívidas da massa”⁸⁶.

Na verdade, a causa que está na base do despedimento coletivo operado pelo AI não deixa de ser a situação de crise da empresa que motivou o processo de insolvência, e que existia antes da declaração de insolvência. E mais: a compensação de antiguidade decorre da própria lei, sendo uma “compensação tarifada em função dos anos de antiguidade que terão lugar, em regra, anteriormente à declaração de insolvência”⁸⁷.

Joana Costeira⁸⁸ salienta que os créditos compensatórios decorrentes da cessação do contrato de trabalho constituem um direito adquirido com referência à duração do vínculo laboral, que remonta a data anterior à insolvência, e que, apesar de ter a sua origem num ato de despedimento coletivo encetado pelo AI após a declaração de insolvência, têm, por imposição legal, o respetivo cálculo pré-fixado e por referência aos anos de trabalho desempenhados antes daquela declaração. Acrescenta que, apesar de a cessação do contrato de trabalho ocorrer após a declaração de insolvência, por ato do AI ou por decisão dos credores em assembleia, não deixa de ser consequência do estado de insolvência; e conclui que os créditos compensatórios decorrentes de despedimento coletivo (não violador das normas legais) por ação do AI devem ser qualificados como créditos sobre a insolvência⁸⁹.

Na jurisprudência, qualificando estes créditos compensatórios como créditos sobre a insolvência, além do citado Ac. RC de 14.07.2010, v. os Ac. STJ 5.07.2016 (6034/13.8TBBRG-N.G1.S1)⁹⁰, RG 15.03.2016 (814.14.4TJVNF-F.G1), RG 14.01.2016 (6034/13.8TBBRG-I.G1), RC 14.07.2010 (562/09.7T2AVR-P.C1), Ac. RG 27.04.2017 (541/16.8T8GMR-F.G1).

Catarina Serra⁹¹ também se afasta da doutrina que até então vinha sendo maioritária, refutando a qualificação desses créditos compensatórios dos trabalhadores como dívidas da massa, atento o caráter excecional e teleologia subjacente às dívidas da massa.

⁸⁶ Gomes, 2014, p. 204.

⁸⁷ Gomes, 2014, p. 204.

⁸⁸ Costeira, J., 2017, pp. 88 a 91.

⁸⁹ Neste mesmo sentido, Pires, 2015, pp. 408-414; Lousa, 2017, p. 210; Monteiro, 2017, pp. 112-117; Pestana, 2016.

⁹⁰ Boularot, 2017, p. 231.

⁹¹ Serra, 2018, pp. 283-285.

Seguindo uma terceira corrente, o Ac. RG 9.07.2015 (72/12.5TBVRL-AH.G1) decidiu que, cessado o contrato de trabalho após a declaração de insolvência e encerramento definitivo do estabelecimento⁹², “constitui dívida da insolvência a indemnização devida ao trabalhador reclamante correspondente à sua antiguidade até à data da declaração da insolvência. E já constitui dívida da massa o crédito indemnizatório do trabalhador relativo ao período em que perdurou o vínculo laboral após ter sido declarada a insolvência”.

Ou seja, consoante o crédito compensatório do trabalhador se reporte a período anterior ou posterior à declaração de insolvência, é o crédito qualificado como crédito sobre a insolvência ou crédito sobre a massa, respetivamente⁹³.

Somos sensíveis aos argumentos aduzidos por Júlio Gomes, Catarina Serra e Joana Costeira. Na verdade, não nos parece suficiente para afirmar o carácter de dívida da massa insolvente o facto de o crédito se constituir em data posterior à declaração de insolvência. Há que ter presente a razão de ser da consagração dos créditos sobre a massa (permitir o funcionamento da empresa, facilitando a sua liquidação, ou procurando a sua recuperação) e o seu carácter excecional.

O crédito compensatório dos trabalhadores, decorrente da cessação do contrato de trabalho imediatamente após a declaração de insolvência, não contende com a administração da massa insolvente, antes estando intimamente associado ao próprio estado de insolvência do empregador. Por outro lado, o fundamento desse crédito compensatório é o vínculo laboral pretérito, anterior à declaração de insolvência, sendo que, na maioria dos casos, quando a sociedade se apresenta à insolvência (e não pretendendo apresentar plano de recuperação da empresa), o seu estabelecimento já se encontra sem atividade. Ou seja, o trabalhador não chega sequer a prestar trabalho efetivo para a massa insolvente após a insolvência. Justifica-se, assim, a interpretação restritiva e teleológica do art. 51º, qualificando tais créditos (pelo menos os compensatórios) como créditos sobre a insolvência. Outra solução afigura-se-nos violadora do princípio constitucional da igualdade (13º CRP), tratando de forma diferente trabalhadores que, por diferença de escassos dias, viram cessados os seus contratos de trabalho por ação da empresa insolvente ou por ação do AI, quando na base da cessação do vínculo está precisamente a mesma circunstância: o estado de insolvência da empresa.

⁹² Salienta o Ac. que esta extinção deveu-se não a um ato voluntário do AI, mas à ocorrência de um facto jurídico não voluntário: o encerramento definitivo do estabelecimento, verificando-se uma impossibilidade superveniente, absoluta e definitiva de o empregador receber a prestação do trabalho, configurando uma situação de caducidade do contrato de trabalho - art. 343º b) CT.

⁹³ Neste sentido também se pronunciou Henriques, 2017, p. 236.

Mais duvidosa parece ser a opção de qualificação como créditos sobre a insolvência dos créditos indenizatórios dos trabalhadores decorrentes da cessação do contrato de trabalho após a declaração de insolvência quando ocorreu a violação das normas relativas ao procedimento previsto nos arts. 360º e ss, com as necessárias adaptações, *ex vi* art. 347º/3 CT. Aqui há já algo mais: a ilicitude da ação do AI, que não observou essas formalidades, quando poderia ter observado as mesmas. Isto é, há algo que acresce ao estado de insolvência do empregador como causa do crédito indenizatório do trabalhador. Nestes casos, afigura-se correta a qualificação como créditos sobre a massa⁹⁴.

Ademais, afigura-se-nos que, para a qualificação dos créditos compensatórios como créditos sobre a insolvência ou sobre a massa, não deve o juiz deixar de atentar nas circunstâncias concretas do caso, tal como de resto bem sublinhara o Ac. STJ 5.07.2016 (já citado). Casos haverá em que será difícil não atribuir relevo ao trabalho efetivamente prestado pelo trabalhador (contratado em data anterior à insolvência) para a massa insolvente após a declaração de insolvência, designadamente, quando entre a data de declaração de insolvência e a data da cessação do contrato já decorreu algum tempo com relevo para o cálculo do crédito compensatório (cerca de seis meses ou mais). Tal sucede quando o plano de insolvência aprovado prevê a manutenção da atividade do estabelecimento pela massa insolvente (para conclusão de prédios cuja construção fora iniciada mas não finalizada pela insolvente) e posterior liquidação. Entre a data de declaração de insolvência e a cessação do contrato de trabalho podem mediar anos (atento o tempo necessário para a conclusão das obras). Aqui, uma hipótese que deverá ser equacionada, por forma a permitir uma maior justiça material, será aquela tese híbrida que é defendida no Ac. RG 9.07.2015, no sentido de distinguir a parte do crédito compensatório que se reporta a período anterior e posterior à insolvência.

⁹⁴ Neste sentido, Costeira, J., 2017, p. 85 e Serra, 2018, p. 277. Na jurisprudência, qualificando como crédito sobre a massa o crédito indenizatório do trabalhador, que resolveu o contrato de trabalho por falta de pagamento dos salários vencidos após a declaração de insolvência e relativos a trabalho prestado para a massa, v. RL 22.06.2017 (690/10.6TBSCR-W.L1-2).

4. Formas de exercício dos créditos laborais no processo de insolvência e questões processuais com relevância na tutela dos créditos laborais

4.1 Formas de exercício e meios processuais próprios

Durante o processo de insolvência, os credores da insolvência apenas podem exercer os seus direitos em conformidade com os preceitos do CIRE (90º).

Assim, e quando os créditos laborais revistam a natureza de créditos sobre a insolvência, deverá o trabalhador reclamar o seu crédito através de reclamação de crédito dirigida ao AI e no prazo de reclamação de créditos fixado na sentença⁹⁵, nos termos do disposto no art. 128º⁹⁶. Ou, decorrido aquele prazo e verificando-se os necessários requisitos, através de ação de verificação ulterior de créditos (146º e ss.), que corre por apenso ao processo de insolvência e segue a forma de processo comum (148º), sendo certo que o pagamento dos créditos sobre a insolvência apenas contempla os que estiverem verificados por sentença transitada em julgado (173º).

Já se os créditos dos trabalhadores constituírem créditos sobre a massa, o seu pagamento não exige o reconhecimento judicial do crédito por sentença transitada em julgado, devendo a dívida da massa ser paga na data do vencimento, qualquer que seja o estado do processo (172º/3). Ou seja, caso o AI reconheça que o crédito do trabalhador é um crédito sobre a massa e aceite pagar aquela dívida da massa, não terá o trabalhador de formular pretensão formal junto do Tribunal para reconhecimento do seu crédito. Apenas na eventualidade de o AI recusar proceder ao pagamento daquele crédito como dívida da massa é que o trabalhador terá de recorrer à via judicial, devendo neste caso intentar ação comum, nos termos do art. 89º/2⁹⁷, por apenso ao processo de insolvência.

Salientando que o processo próprio para conhecimento dos créditos laborais como créditos sobre a massa é o previsto no art. 89º/2, e não a ação de verificação ulterior de créditos prevista no art. 146º, v. Ac. RG 27.04.2017 (541/16.8T8GMR-F.G1) e Ac. RP 1.02.2010 (1/08.0TJVNF-AY.S1.P1).

Na ação comum prevista no art. 89º/2, a legitimidade passiva é assegurada pela presença do AI⁹⁸, em representação da massa insolvente. Já na ação de verificação ulterior de créditos, a legitimidade passiva cabe, em litisconsórcio necessário passivo, à massa, devedor e credores (citados por meio de editais publicados no portal citius – 146º/1).

⁹⁵ Art. 36º/1 j).

⁹⁶ Sobre esta matéria, Fernandes, & Labareda, 2011, pp. 1147-1169; Costeira, M. J., 2013, pp. 241-253. Quanto às apresentações de reclamações de créditos quando o processo de insolvência seja precedido de PER, Martins, A. S., 2016, pp. 129-130.

⁹⁷ Silva, F. R., 2013, p. 267.

⁹⁸ Cfr. Ac STJ 16.06.2016 (775/12.4TTMTS.P3.S1).

4.2 Relevância do meio processual de exercício dos créditos laborais

A propósito da relevância do meio processual de exercício dos créditos laborais no processo de insolvência, atentemos no Ac. RG 29.09.2014 (6320/07.6TBBRG-W.G1), no qual estavam em causa trabalhadores que viram cessados os seus contratos de trabalho a 30.09.2007, por ação do AI e em data posterior à declaração de insolvência (18.09.2007). Parte dos trabalhadores recorreram ao Tribunal do Trabalho e ali viram reconhecidos os seus créditos laborais, decorrentes do despedimento ilícito, tendo o Tribunal da Relação considerado tratar-se de créditos sobre a massa, em virtude de o processo de despedimento operado pelo AI se inserir na atividade de administração da empresa insolvente, enquadrada no processo global de liquidação da massa insolvente. Neste mesmo processo, parte dos trabalhadores (e tal como sucede na maior parte dos processos de insolvência pendentes em Tribunal) optara por reclamar os seus créditos remuneratórios e compensatórios decorrentes da cessação do contrato de trabalho pelo meio da reclamação de créditos, nos termos dos arts. 128º e ss. Colocou-se ali a questão da desigualdade de tratamento dos trabalhadores da mesma empresa e titulares de créditos decorrentes da cessação de contrato de trabalho ocorrida em data posterior à declaração de insolvência, sendo uns qualificados como credores da massa (e por isso recebendo em primeiro lugar nos termos do art. 172º, e que nem sequer haviam reclamado os seus créditos no processo de insolvência, tendo antes recorrido ao Tribunal do Trabalho) e outros como credores da insolvência (correndo o risco de nada receber, na hipótese de não terem sido apreendidos bens móveis ou se sobre os imóveis apreendidos não recair o privilégio imobiliário especial). Nesse Ac. salientou-se que esses créditos reclamados nos termos do art. 128º haviam sido reconhecidos e graduados como créditos da insolvência, por decisão transitada em julgado, pelo que o Tribunal nada mais poderia fazer, sob pena de desrespeito pelo caso julgado.

Sem dúvida que a forma de exercício judicial dos créditos dos trabalhadores após a declaração de insolvência do empregador assume um papel primordial na tutela destes créditos, devendo por isso os aplicadores do direito, e sobretudo aqueles que representam os trabalhadores em Tribunal, estar atentos às diferentes formas de exercício dos créditos, utilizando sempre o meio processual próprio, por forma a evitar situações em que os créditos, apesar de se tratar de créditos sobre a massa (ou pelo menos ser discutível essa qualificação e defendendo parte da doutrina e jurisprudência essa qualificação), são reclamados como créditos sobre a insolvência e, nessa sequência, reconhecidos judicialmente como créditos sobre a insolvência. Na verdade, depois de transitar em julgado uma decisão judicial a reconhecer os créditos dos trabalhadores como créditos sobre a insolvência, já não poderá o Tribunal (ainda que a pretexto de

evitar injustiças materiais entre trabalhadores em igualdade de circunstâncias) vir a alterar tal qualificação.

4.3 Tutela dos créditos laborais através de controlo judicial da lista de créditos reconhecidos e o conceito de erro manifesto

A forma de exercício judicial dos créditos laborais é ainda mais relevante face ao controlo judicial mínimo que o legislador impõe ao juiz na elaboração da sentença de verificação e graduação de créditos, quando estes não são objeto de impugnação.

Nestes casos, o juiz reconhece de imediato os créditos reclamados sobre a insolvência incluídos na lista a que alude o art. 129º e não impugnados, salvo erro manifesto (136º/1).

Salvador da Costa⁹⁹ nota que “surpreende-se aqui o desenvolvimento da ideia de desjudicialização, não obstante se tratar de matéria suscetível de envolver considerável complexidade jurídica, só excecionada pela verificação do erro manifesto”.

O conceito e âmbito do “erro manifesto” não é pacífico na doutrina e jurisprudência.

Fátima Reis Silva¹⁰⁰ salienta que o art. 130º/3 “estabelece uma verdadeira cominação. O juiz não tem sequer conhecimento da relação material subjacente a cada reclamação, nem tem acesso aos documentos juntos pelos credores, já que o administrador não é obrigado a apresentá-los em tribunal (133º), pelo que ou se limita a homologar a relação do administrador ou terá de o notificar para apresentar as reclamações. Por outras palavras, ou o erro manifesto resulta da própria lista ou não será perceptível ao juiz”.

Carvalho Fernandes e João Labareda¹⁰¹ criticam a redução da intervenção do juiz aos casos de erro manifesto, considerando que, atenta a complexidade jurídica da graduação de créditos, “deve interpretar-se em termos amplos o conceito de erro manifesto, não podendo o juiz abster-se de verificar a conformidade formal e substancial dos títulos dos créditos constantes da lista que vai homologar para o que pode solicitar ao administrador os elementos de que necessite”.

Por sua vez, Menezes Leitão¹⁰², adotando uma noção mais restrita, afirma que “esta posição é incompatível, quer com o facto de o juiz nem sequer ter conhecimento das reclamações apresentadas, quer com a não aplicação do princípio do inquisitório no âmbito da verificação dos créditos”.

⁹⁹ Costa, S., 2015, p. 302.

¹⁰⁰ Silva, F. R., 2010, p. 135.

¹⁰¹ Fernandes & Labareda, 2013, p. 555.

¹⁰² Leitão, 2017b, p. 204.

Maria José Costeira¹⁰³ questiona como o tribunal pode controlar aquela lista, verificando o erro manifesto, quando o CIRE não prevê que o AI junte as reclamações de créditos à lista.

Mariana França Gouveia¹⁰⁴ defende que o art. 130º/3 envolve uma faculdade atribuída ao juiz; e que este, suspeitando de irregularidades na lista, deverá solicitar ao AI os elementos em que se baseou para a elaborar. Posição para a qual propendemos.

Porém, na maioria das vezes, é difícil conceber o erro manifesto na qualificação dos créditos laborais compensatórios como créditos sobre a insolvência na Lista referida no art. 129º, já que, quando o juiz está a proferir a sentença de reclamação de créditos, em princípio, não tem acesso às reclamações de créditos¹⁰⁵. Desconhece o juiz a situação concreta daquele trabalhador: a data em que cessou o contrato de trabalho, a causa da cessação do contrato de trabalho¹⁰⁶, se o despedimento foi operado por ação do empregador ou do AI e, sendo pelo AI, se este observou o procedimento previsto no art. 360º CT com as necessárias adaptações. E, mesmo existindo indícios de que o contrato de trabalho cessou pouco tempo depois da declaração de insolvência¹⁰⁷, face às claras divergências da jurisprudência e da doutrina quanto à qualificação destes créditos, não deverá considerar-se existir erro manifesto. Não deve o juiz suscitar tal questão oficiosamente, devendo limitar-se a reconhecer tais créditos conforme peticionado pelos trabalhadores e reconhecido pelo Administrador da Insolvência – como créditos sobre a insolvência.

Diferente já será quando a não qualificação dos créditos dos trabalhadores como créditos sobre a massa é ostentatoriamente errada (exemplo: remunerações vencidas na pendência do processo de insolvência). Aqui justifica-se a intervenção oficiosa do juiz, expondo previamente no processo a possibilidade de qualificação desses créditos como dívidas da massa, concedendo às partes a possibilidade de se pronunciarem e, até mesmo, convidando os trabalhadores a formularem a sua pretensão em ação judicial própria (89º): ação comum com vista ao reconhecimento dos seus créditos como créditos sobre a massa, pois que os créditos sobre a massa, em princípio, não podem ser reconhecidos como tal no apenso de reclamação de créditos¹⁰⁸.

¹⁰³ Costeira, M. J., 2005, p. 31.

¹⁰⁴ Gouveia, 2005, p. 156.

¹⁰⁵ Que apenas são remetidas para o Tribunal após o encerramento do processo de insolvência (233º/5).

¹⁰⁶ Salvo se tais questões tenham sido discutidas nos autos principais aquando do relatório previsto no art. 155º, na assembleia de credores de apreciação do relatório (156º) ou de aprovação do plano (209º) ou conste no próprio plano referências à cessação dos contratos de trabalho.

¹⁰⁷ Ex: o devedor aquando da apresentação à insolvência apresenta mapa de pessoal que ainda se encontra ao seu serviço – art. 24º/1, i).

¹⁰⁸ Tendo em conta o princípio da gestão processual e adequação formal (6º e 547º CPC), questiona-se se não será possível reconhecer créditos sobre a massa no apenso de reclamação de créditos. Atenta a complexidade processual que assume o apenso de reclamação de créditos, entendemos que, em regra, tal pretensão deve ser formulada em ação comum, apenas se admitindo essa pretensão naquele apenso, quando os trabalhadores pugnem pela qualificação dos seus créditos como créditos sobre a massa e já está a ser

Ainda no que respeita ao papel (limitado) do juiz na tutela dos créditos laborais no processo de insolvência, à luz do citado art. 136º/1, consideramos que deve o juiz controlar o privilégio conferido a estes créditos na lista definitiva de créditos, designadamente, quando lhes haja sido atribuída a natureza comum e estando apreendidos bens móveis, pois aqui situamo-nos no campo do “erro manifesto”, face ao já aludido privilégio mobiliário geral de que gozam os créditos dos trabalhadores.

A admissibilidade deste controlo já não será tão óbvia no que concerne ao privilégio imobiliário especial previsto no art. 333º/1 CT.

Se o crédito do trabalhador é indicado como sendo comum, e apenas são apreendidos bens imóveis, não tendo sido apresentada impugnação pelo trabalhador, deverá o juiz homologar a lista e reconhecer o crédito como comum, salvo se dos autos resultarem indícios de que um dos imóveis apreendidos constitui a sede da insolvente ou que está afeto ao exercício da atividade da insolvente. Nessa eventualidade, e ainda nos casos de indicação genérica de que o crédito laboral beneficia do privilégio do art. 333º do CT, perante a suspeita de “erro manifesto” deve o juiz solicitar esclarecimentos ao AI, dar contraditório às partes e, pretendendo qualificar os créditos laborais como garantidos por privilégio imobiliário especial, permitir a dedução de impugnação pelos demais credores quanto à natureza garantida desses créditos.

4.4 Ónus de alegação e prova do credor trabalhador

Uma outra questão controvertida no exercício dos créditos laborais (sobre a insolvência) prende-se com a necessidade ou não de o credor trabalhador alegar a existência do privilégio mobiliário geral e imobiliário especial (indicando o concreto imóvel sobre o qual incide) na sua reclamação de créditos a que alude o art. 128º.

Nos termos do art. 342º/ 1 CC, incumbe ao trabalhador reclamante o ónus de alegação do montante dos seus créditos emergentes de contrato de trabalho, sua violação ou cessação, e ainda de que o seu crédito beneficia de privilégio imobiliário especial, e que esse imóvel se encontra afeto à organização empresarial da insolvente, fazendo, depois, e se necessário, a prova de tais factos.

Contudo, e tal como vem sendo salientado pela jurisprudência, “inserindo-se o procedimento de reclamação, verificação e graduação de créditos num processo global de insolvência, deve considerar-se processualmente adquirido o facto que se consubstancia na identificação de imóvel afeto à atividade da empresa insolvente, factualidade que sempre relevará, quando documentada nos autos, ainda que não haja

discutido no apenso de reclamação de créditos os créditos dos trabalhadores, seja quanto ao seu montante, seja quanto ao privilégio imobiliário especial atribuído pelo AI.

sido especificamente alegada no requerimento apresentado pelo trabalhador reclamante mas resulte da atividade de indagação do próprio tribunal”¹⁰⁹.

Na doutrina, Luís M. Martins¹¹⁰ considera que, havendo um só imóvel, o trabalhador beneficia da presunção de que ali exercia a sua atividade, cabendo ao credor impugnante afastar essa mesma presunção (342º/2 CC). Também admitindo esta presunção na jurisprudência, v. o Ac RG 10.05.2017 (450/07-2).

Criticando esta presunção e dispensa de invocação pelo trabalhador do privilégio imobiliário especial, exigindo que, pelo menos, no contrato de trabalho seja indicado o local de trabalho, veja-se Miguel Lucas Pires¹¹¹.

Também Joana Costeira¹¹² entende que apenas quando os trabalhadores invocam e fazem prova do seu direito é que os seus créditos poderão ser reconhecidos como privilegiados.

Parece ser ir longe de mais admitir em abstrato esta presunção de verificação do privilégio imobiliário especial dos trabalhadores sobre o único imóvel apreendido, fazendo recair sobre os demais credores o ónus de impugnar esse privilégio e, consequentemente, de afastar essa presunção, pois pode suceder que o imóvel nada tenha a ver com a atividade empresarial. Mais correto nos parece o entendimento, que aliás vem sendo maioritário na jurisprudência¹¹³, de que pode o Tribunal considerar a verificação daquele privilégio, ainda que não alegado pelo trabalhador, atento o princípio da aquisição processual e desde que resultando da globalidade do processo de insolvência que aquele imóvel está funcionalmente conexionado com a atividade empresarial.

5. Conclusão

A classificação e o exercício dos créditos laborais no processo de insolvência, pela sua repercussão prática na tutela dos créditos laborais, merecem uma análise cuidada. A necessidade de estudo aprofundado torna-se ainda mais premente atentas as dissidências que ainda se fazem sentir na doutrina e jurisprudência nesta matéria e, bem assim, as questões processuais com que se depara o aplicador do direito num processo de insolvência e que ultrapassam a mera tramitação processual, contendendo com a própria proteção do trabalhador.

Apesar de a insolvência do empregador não ter como efeito jurídico necessário a extinção dos contratos de trabalho (347º CT), dado que no contexto português o processo

¹⁰⁹ Ac. RC 28.06.2011 (494/09.9TBNLS-C.C1).

¹¹⁰ Martins, L. M., 2014, p. 201.

¹¹¹ Pires, 2015, pp. 255 e 256.

¹¹² Costeira, J., 2017, p. 127.

¹¹³ Cfr. Ac. STJ 07.02.2013 (148/09.6TBPST-F.L1.S1).

de insolvência é, ainda, essencialmente um processo de liquidação, na maioria das vezes a insolvência do empregador traz consigo o encerramento da atividade do estabelecimento, com a consequente cessação dos vínculos laborais e, para muitos trabalhadores, a perda da única fonte de rendimentos.

O art. 333º CT, através da consagração do privilégio mobiliário geral e imobiliário especial dos créditos dos trabalhadores, concretiza a tutela constitucional conferida ao direito ao salário (59º CRP), permitindo que todos os bens móveis do empregador respondam por esses créditos e graduando esse privilégio mobiliário em lugar cimeiro (após as despesas de justiça, garantias reais, como penhor e hipoteca, e créditos a que aludem os arts. 17º-H/2 CIRE e 12º RERE). Com o privilégio imobiliário especial, e apesar de circunscrito o imóvel objeto do privilégio, sai reforçada a tutela dos créditos laborais face à sua prevalência sobre a hipoteca.

Classificar um crédito como crédito sobre a insolvência ou dívida da massa tem implicações ao nível do seu ressarcimento (saindo as dívidas da massa precípuas do produto da liquidação e sendo pagas antes dos créditos sobre a insolvência – 172º) e momento de pagamento (não necessitando as dívidas da massa de aguardar pelo trânsito em julgado da sentença de reclamação de créditos, sendo pagas na data do vencimento – 172º e 173º).

As dívidas da massa têm natureza excecional e visam permitir a manutenção da atividade do estabelecimento ou, pelo menos, contribuir para a liquidação do ativo. Daí que, a nosso ver, não respeita esta teleologia a classificação do crédito decorrente da cessação do contrato de trabalho como dívida da massa, pelo simples facto de que essa cessação ocorreu em data posterior à declaração de insolvência ou por ação do AI. Viola o princípio da igualdade (13º CRP) a aplicação cega do critério do momento da constituição do crédito (antes ou após a insolvência) para qualificar um crédito como sendo sobre a insolvência ou sobre a massa, esquecendo o estado de insolvência da empresa (pré-existente à declaração de insolvência) que esteve na base quer do encerramento da atividade do estabelecimento e cessação dos contratos de trabalho por ação do AI, quer da cessação do contrato de trabalho de outros trabalhadores em data pouco anterior à insolvência. Afigura-se-nos, assim, mais adequada a classificação dos créditos compensatórios dos trabalhadores como créditos sobre a insolvência. Em casos excecionais (quando entre a declaração de insolvência e a cessação do vínculo laboral medeia já um tempo de relevo e o trabalhador continuou a prestar serviço efetivo para a empresa), poderá justificar-se distinguir entre a compensação que se reporta a período anterior e posterior à insolvência, qualificando, respetivamente, a parcela do crédito como crédito sobre a insolvência ou sobre a massa.

Também a forma de exercício dos créditos laborais no processo de insolvência – atenta a diferente forma de exigir um crédito sobre a massa e um crédito sobre a insolvência (89º, 172º, 128º e ss. e 146º), maior ou menor amplitude conferidas aos princípios da gestão processual, adequação formal e do pedido e, ainda, o conceito de “erro manifesto” previsto no art. 130º/3 – contende com a tutela efetiva destes créditos.

No contexto de um processo civil em que o legislador cada vez mais procura a descoberta da verdade material e o primado da justiça material (5º e 6º CPC), e regendo-se o processo de insolvência subsidiariamente pelas regras do CPC (17º), uma interpretação restrita do conceito de “erro manifesto” limita, de forma injustificada, o papel do juiz na tutela dos créditos laborais e na justa composição dos interesses de todos os credores da insolvência, podendo e devendo o juiz efetuar um controlo judicial mínimo da lista de créditos elaborada pelo AI, verificando a natureza privilegiada dos créditos dos trabalhadores e a incidência do privilégio imobiliário especial, ponderando o carácter global do processo de insolvência, no qual se insere o apenso de reclamação de créditos, e ainda que para tanto tenha de solicitar esclarecimentos junto do AI e conceder prazo para contraditório às partes.

Consideramos, assim, ter dado mais um contributo para o aprofundar da reflexão da ciência jurídica sobre este tema.

Bibliografia

ABRANTES, J. J. (2015). O fundo de garantia salarial nos processos de insolvência e de revitalização. *III Congresso de Direito da Insolvência* (Coordenação Catarina Serra), pp. 409-412. Coimbra: Almedina.

ABRANTES, J. J. (2013). Efeitos da insolvência do empregador no contrato de trabalho. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol. II, pp. 577-586. Coimbra: Coimbra Editora.

ALEXANDRE, I. (2005). O processo de insolvência: Pressupostos processuais, tramitação, medidas cautelares e impugnação da sentença. *Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*. Ed. Especial – Novo Direito da Insolvência, pp. 43-80. Coimbra: Almedina.

BOULAROT, A. P. (2017). Processo de insolvência e ações conexas. Resenha jurisprudencial 2016. *Revista de Direito da Insolvência*, n.º 1, pp. 223-243. Coimbra: Almedina.

BRANDÃO, M. C. (2014). Algumas notas (interrogações) em torno da cessação de contratos de trabalho em caso de “encerramento da empresa” e de “insolvência e recuperação de empresa”. *Cadernos do CEJ, Coleção Formação Inicial, Jurisdição do Trabalho e da Empresa*. Retirado de www.cej.mj.pt.

CASTRO, C. (2017). A crise da empresa: Um diálogo entre Brasil e Portugal. *Revista de Direito da Insolvência*, n.º 1, pp. 124-144. Coimbra: Almedina.

CORDEIRO, A. M. (1998). Salários em atraso e privilégios creditórios. *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 58, vol. II. Retirado de <https://portal.oa.pt/upl/%7B2eee38cd-ae11-4380-8f4b-2f5da5ae4be2%7D.pdf>.

COSTA, A. R. (2015). Sobre os créditos laborais no processo especial de revitalização: Breves notas e inquietações. *VI Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais*. Retirado de <https://iconline.ipleiria.pt/bitstream/10400.8/1457/1/artigo4.pdf>.

COSTA, S. (2015). *O concurso de credores*, 5.^a Edição. Coimbra: Almedina.

COSTEIRA, J. (2017). *Os efeitos da declaração judicial de insolvência no contrato de trabalho. A tutela dos créditos laborais*, 2.^a Edição. Coimbra: Almedina.

COSTEIRA, M. J. (2005). Novo direito da insolvência. *Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*. (Edição Especial – Novo Direito da Insolvência), pp. 25-42. Coimbra: Almedina.

COSTEIRA, M. J. (2013). Classificação, verificação e graduação de créditos no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. *I Congresso de Direito da Insolvência* (Coordenação Catarina Serra), pp. 241-253. Coimbra: Almedina.

CUNHA, A. M. (2011). Proteção dos trabalhadores em caso de insolvência do empregador: Cálculo das prestações do fundo de garantia social. *Questões Laborais*, n.º 38, pp. 197-209. Coimbra: Coimbra Editora.

CUNHA, P. O. (2016). A recuperação de sociedades no contexto do PER e da insolvência: Âmbito e especificidades resultantes da situação de crise da empresa. *Revista de Direito da Insolvência*, n.º 0, pp. 99-119. Coimbra: Almedina.

DUARTE, R.P. (2004). *Classificação dos créditos sobre a massa insolvente no projeto de Código da Insolvência e Recuperação de Empresas*. Retirado de <http://www.dgpj.mj.pt/sections/informacao-e-eventos/anexos/sections>.

EPIFÂNIO, M. R. (2016). *Manual de direito da insolvência*, 2.^a reimpressão da 6.^a Edição. Coimbra: Almedina.

FERNANDES, L. C. (2004). Efeitos da declaração de insolvência no contrato de trabalho segundo o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XLV, n.ºs. 1, 2 e 3, pp. 5-39. Lisboa: Editorial Verbo.

FERNANDES, L. C. & LABAREDA, J. (2011). A reclamação verificação e graduação de créditos em processo de insolvência. *O Direito*, n.º 5, pp. 1147-1169. Coimbra: Almedina.

FERNANDES, L. C. & LABAREDA, J. (2013). *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, 2.^a Edição. Lisboa: Quid Juris.

GOMES, J. M. V. (2007). *Direito do trabalho: Relações individuais*, vol. I. Coimbra: Coimbra Editora.

GOMES, J. M. V. (2012). Do fundamento do regime da prescrição dos créditos laborais. *Estudos de homenagem ao Professor Carvalho Fernandes*, vol. II. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa Editora.

GOMES, J. M. V. (2014). Nótula sobre os efeitos da insolvência do empregador nas relações de trabalho. *Processo de insolvência e ações conexas*. (Planos de formação continua CEJ). Retirado de http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Processo_insolvencia_acoes_conexas.pdf.

GOUVEIA, M. F. (2005). Verificação do passivo. *Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa* (Edição Especial – Novo Direito da Insolvência), pp. 151-163. Coimbra: Almedina.

HENRIQUES, S. C. (2017). Os trabalhadores após a declaração da situação de insolvência do empregador: Cessação de contratos de trabalho e qualificação dos créditos laborais. *IV Congresso de Direito da Insolvência* (Coordenação Catarina Serra), pp. 215-246. Coimbra: Almedina.

LAMEIRAS, L. (2014). Verificação e graduação de créditos. *Processo de insolvência e ações conexas*. (Planos de formação continua CEJ). Retirado de http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Processo_insolvencia_acoes_conexas.pdf.

LEITÃO, L. M. T. M. (2011). A natureza dos créditos laborais resultantes de decisão do administrador de insolvência. *Cadernos de Direito Privado*, n.º 34, pp. 63 a 66. Braga: CEJUR.

LEITÃO, L. M. T. M. (2017a). *Direito da insolvência*, 7.^a Edição. Coimbra: Almedina.

LEITÃO, L. M. T. M. (2017b). *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, 9.^a Edição. Coimbra: Almedina.

LEITÃO, L. M. T. M. (2017c). As d vidas da massa insolvente. *IV Congresso de Direito da Insolvência* (Coordenação Catarina Serra), pp. 25-33. Coimbra: Almedina.

LIZARDO, J. (2013). Trabalhar para a “massa” – um novo tipo de relação laboral?. *Questões Laborais*, n.º 42 (*Vinte Anos de Questões Laborais*), pp. 207-215. Coimbra: Coimbra Editora.

- LOUSA, N. F. (2017). Crónica de jurisprudência dos Tribunais da Relação (2015/2016). *Revista de Direito da Insolvência*, n.º 1, pp. 194-222. Coimbra: Almedina.
- MACHADO, J. B. (2006). *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 15.^a reimpressão. Coimbra: Almedina.
- MARTINEZ, P. R. (2017). *Direito do trabalho*, 8.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- MARTINS, L. M. (2014). *Processo de insolvência*, 3.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- MARTINS, A. S. (2016). Articulação entre o PER e o processo de insolvência. *Revista de Direito da Insolvência*, n.º 0, pp. 121-133. Coimbra: Almedina.
- MARTINS, A. S. (2017). *Curso de direito da insolvência*, reimpressão da 2.^a Edição revista e atualizada. Coimbra: Almedina.
- MONTEIRO, L. P. (2017). *O trabalhador e a insolvência da entidade empregadora*. Coimbra: Almedina.
- MORAIS, F. G. (2011). *Manual da locação financeira*, 2.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- NEVES, A. C. (1993). Metodologia jurídica. Problemas fundamentais, reimpressão 2013. *Studia Iuridica*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora.
- OLIVEIRA, N. M. P. (2017). O direito da insolvência e a tendencial unidade do direito privado. *IV Congresso de Direito da Insolvência* (Coordenação Catarina Serra), pp. 71-105. Coimbra: Almedina.
- PERALTA, A. M. (2015). Os “novos créditos” no PER e SIREVE: Conceito e regime. *III Congresso de Direito da Insolvência* (Coordenação Catarina Serra), pp. 279-311. Coimbra: Almedina.
- PESTANA, C. M. F. (2016). *Insolvência do empregador e o contrato de trabalho. Efeitos e proteção dos créditos laborais*. Tese de Mestrado. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Retirado de <https://estudogeral.sib.uc.pt>.
- PIRES, M. L. (2015). *Dos privilégios creditórios, regime jurídico e sua influência no concurso de credores*, 2.^a Edição revista e atualizada. Coimbra: Almedina.
- PROENÇA, E. (2013). *As consequências da insolvência do empregador nos contratos de trabalho*. Tese de Mestrado. Porto: Universidade Católica Portuguesa, Escola de Direito do Porto. Retirado de <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16350/1/tese%20caracteres.pdf>.
- RAMALHO, M. R. P. (2005). Aspetos laborais da insolvência, Notas breves sobre as implicações laborais do regime do Código da Insolvência e de Recuperação de Empresas. *Questões Laborais*, n.º 26, pp. 145-163. Coimbra: Coimbra Editora.
- RAMALHO, M. R. P. (2015). Os trabalhadores no processo de insolvência. *III Congresso de Direito da Insolvência* (Coordenação Catarina Serra), pp. 383-406. Coimbra: Almedina.
- RAMALHO, M. R. P. (2016). *Tratado de direito do trabalho. Parte II – Situações laborais individuais*, 6.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- ROMEIRO, D. D. (2014). *O objeto do privilégio creditório imobiliário especial sobre o bem imóvel do empregador no qual o trabalhador preste a sua atividade, Proposta de interpretação conforme à Constituição da República Portuguesa*. Tese de Mestrado. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito. Retirado de

https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/17890/1/TESE_%20DANIELA%20ROMEIRO.pdf.

SERRA, C. (2009). *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito – O problema da natureza do processo de liquidação, aplicável à insolvência no direito português*. Coimbra: Coimbra Editora.

SERRA, C. (2012a). *O regime português da insolvência*, 5ª edição. Coimbra: Almedina.

SERRA, C. (2012b). Emendas à (lei da insolvência) portuguesa – Primeiras impressões. *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 4, vol. 7, pp. 97-132. Coimbra: Almedina.

SERRA, C. (2013). Para um novo entendimento dos créditos laborais na insolvência e na pré-insolvência – Um contributo feito de velhas e novas questões. *Questões Laborais*, n.º 42 (*Vinte Anos de Questões Laborais*), pp. 187-206. Coimbra: Coimbra Editora.

SERRA, C. (5 maio 2017a). Direito da insolvência em movimento A reestruturação de empresas entre as coordenadas da legislação nacional e as perspectivas do direito europeu. *Revista de Direito Comercial*. Retirado de <https://static1.squarespace.com/static/58596f8a29687fe710cf45cd/t/593fbe62579fb316e486d5d4/1497349736372/2017-05.pdf>.

SERRA, C. (2017b). A harmonização do direito substantivo da Insolvência. *IV Congresso de Direito da Insolvência* (Coordenação Catarina Serra), pp. 15-22. Coimbra: Almedina.

SERRA, C. (2018). *Lições de direito da insolvência*. Coimbra: Almeida.

SILVA, F. R. (2010). Processo de insolvência: Os órgãos de insolvência e o plano de insolvência. *Revista do CEJ*, n.º 14, pp. 121-168. Lisboa.

SILVA, F. R. (2013). Efeitos processuais da declaração de insolvência. *I Congresso de Direito da Insolvência* (Coordenação Catarina Serra), pp. 255-268. Coimbra: Almedina.

SILVA, P. C. (2005). A liquidação da massa insolvente. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 65, vol. III. Retirado de <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-iii-dez-2005/doutrina/paula-costa-e-silva-a-liquidacao-da-massa-insolvente>.

TEIXEIRA, F. D. V. (2012). *O penhor de direitos em garantia de créditos bancários*. Tese de Mestrado. Braga: Universidade do Minho, Escola de Direito. Retirado de <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/22981/1/FI%C3%A1via%20Daniela%20Vaz%20Teixeira.pdf>.

VASCONCELOS, J. (2009). Insolvência do empregador e contrato de trabalho. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Henrique Mesquita*, vol. II, pp. 1091-1109. Coimbra: Coimbra Editora.

XAVIER, B. G. L. (2008). Prescrição dos créditos laborais. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XLIX, n.º 1-4, pp. 252-255. Coimbra: Almedina.

XAVIER, B. G. L. (2012). Prescrição nas relações de trabalho (uma questão polémica). *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano LIII, n.º 3/4, pp. 7-41. Coimbra: Atlântida.

Jurisprudência:

Supremo Tribunal de Justiça

Processo 98B1084. (22 abril 1999). Relator: Herculano Namora. Retirado de www.dgsi.pt.

Processo 08B974. (19 junho 2008). Relator: Custódio Montes. Retirado de www.dgsi.pt.

Processo 1174/06.2TBMGR. (17 dezembro 2009). Relator: Costa Soares. *A Insolvência na jurisprudência das Secções Cíveis do Supremo Tribunal de Justiça (Sumários de Acórdãos de 2005 a julho de 2012)*. Retirado de <http://www.stj.pt/ficheiros/jurisp-tematica/insolvencia.pdf>.

Processo 504/08.7TBAMR. (13 setembro 2011). Relator: Gregório Silva Jesus. Retirado de www.dgsi.pt.

Processo 148/09.6TBPST-F.L1.S1. (7 fevereiro 2013). Relator: Maria dos Prazeres Pizarro Beleza. Retirado de www.dgsi.pt.

Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 4 (2014). Diário da República n.º 95/2014, Série I 19.05.2014. Relator: Paulo Távora Victor.

Processo 3871/12.4TBVFR-A.P1.S1. (11 setembro 2014). Relator: Bettencourt de Faria. Retirado de www.dgsi.pt.

Acórdão Uniformizador de Jurisprudência n.º 8 (2016). Diário da República n.º 74/2016, Série I de 15.04.2016. Relator: Fernando Manuel Pinto de Almeida.

Processo 775/12.4TTMTS.P3.S1. (16 junho 2016). Relator: Gonçalves Rocha. Retirado de www.dgsi.pt.

Processo 6034/13.8TBBRG-N.G1.S1. (5 de julho 2016). Relator: Ana Paula Boularot. Retirado de www.dgsi.pt.

Tribunal Constitucional

Acórdão n.º 335/2008. (19 junho 2008). Relator: João Cura Mariano. Diário da República n.º 138/2008, Série II de 18.07.2008.

Acórdão n.º 64/09. (10 fevereiro 2009). Relator: Maria João Antunes. Retirado de http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_main.php?ficha=3576&pagina=103&nid=8757.

Acórdão n.º 108/09. (10 março 2009). Relator: Maria João Antunes. Retirado de www.tribunalconstitucional.pt.

Acórdão (10 março 2009). Processo n.º 634/08. Retirado de http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_palavras.php?buscajur=&ficha=1436&pagina=57&exacta=&nid=8803.

Tribunal da Relação de Coimbra

Acórdão (16 maio 2000). Coletânea de Jurisprudência, ano XXV, Tomo III, pp. 9-12.

Processo 562/09.7T2AVR-P.C1. (14 julho 2010). Relator: Barateiro Martins. Retirado de www.dgsi.pt.

Processo 1220/04.4TBMGR-A.C1. (11 janeiro 2011). Relator: Judite Pires. Retirado de www.dgsi.pt.

Processo 494/09.9TBNLS-C.C1. (28 junho 2011). Relator: Fonte Ramos. Retirado de www.dgsi.pt.

Processo 241/11.5TBNLS-B.C1. (11 dezembro 2012). Relator: Freitas Neto. Retirado de www.dgsi.pt.

Processo 528/13.2TBFND-C.C1. (23 setembro 2014). Relator: Jorge Arcanjo. Retirado de www.dgsi.pt.

Processo 2558/12.2TLRA-C.C1. (10 março 2015). Relator: Maria Inês Moura. Retirado de www.dgsi.pt.

Todos retirados de www.dgsi.pt:

Tribunal da Relação de Évora

Processo 177/09.0TBVRS-F.E1. (14 junho 2012). Relator: Bernardo Domingos.

Processo 643/15.8T8PTM-A.E1. (19 janeiro 2017). Relator: Baptista Coelho.

Tribunal da Relação de Guimarães

Processo 881/07.7TBVCT-M.G1. (11 janeiro 2011). Relator: Teresa Pardal.

Processo 1132/10.2TBBCL-D.G1. (03 maio 2011). Relator: Rosa Tching.

Processo 6320/07.6TBBRG-W.G1. (29 setembro 2014). Relator: Espinheira Baltar.

Processo 72/12.5TBVRL-AG.G1. (9 julho 2015). Relator: Maria Luísa Ramos.

Processo 72/12.5TBVRL-AH.G1. (9 julho 2015). Relator: Heitor Gonçalves.

Processo 6034/13.8TBBRG-I.G1. (14 janeiro 2016). Relator: António Santos.

Processo 814.14.4TJVNF-F.G1. (15 março 2016). Relator: Isabel Rocha.

Processo 565/14.0T8VCT-B.G1. (31 março 2016). Relator: António Santos.

Processo 815/16.8T8GMR.G1. (10 novembro 2016). Relator: António Figueiredo de Almeida.

Processo 541/16.8T8GMR-F.G1. (27 abril 2017). Relator: António Figueiredo de Almeida.

Processo 450/07-2. (10 maio 2017). Relator: Conceição Bucho.

Processo 703/13.0TBMDL-K.G1. (25 maio 2017). Relator: Fernando Fernandes Freitas.

Tribunal da Relação de Lisboa

Processo 690/10.6TBSCR-W.L1-2. (22 junho 2017). Relator: Pedro Martins.

Tribunal da Relação do Porto

Processo 1/08.0TJVNF-AY.S1.P1. (1 fevereiro 2010). Relator: Soares de Oliveira.

Processo 744/08.9TBVFR-E.P1. (6 maio 2010). Relator: Filipe Caroço.

Processo 373/07.4TYVNG-V.P1. (7 junho 2010). Relator: Soares de Oliveira.

Processo 711/12.8TTMTS.P1. (14 outubro 2013). Relator: Fernanda Soares.

Processo 5306/15.1T8OAZ-A.P1. (7 fevereiro 2017). Relator: Maria Cecília Agante.

Processo 535/18.9T8AMT-C.P1 (9 de maio de 2019). Relator: Carlos Portela.

A Pena Acessória de Inibição do Exercício das
Responsabilidades Parentais no Âmbito do Crime de Violência
Doméstica

Artigo 152.º número 6 do Código Penal

Cláudia Raquel Boucinha Simões

Sob a orientação da Professora Doutora Maria Elisabete Ferreira

“A lei é uma ferramenta. O que conta é o artesão e, se possível, o artista. Com excelentes leis, um juiz pode causar catástrofes. E, com leis medíocres, se o juiz tiver ouvidos, um pouco de coração e uma certa imaginação, pode salvaguardar o essencial. E o essencial, no caso concreto, é o interesse superior da criança.”

Guy Blondel

Agradecimentos

À Professora Doutora Maria Elisabete Ferreira, pela prontidão e disponibilidade, e pela sabedoria e rigor com que me orientou ao longo da realização deste estudo.

Aos meus avós, que possibilitaram a realização de mais uma etapa do meu percurso académico, e em especial ao meu avô, pelo exemplo de perseverança e resiliência.

Aos meus pais, por estarem sempre ao meu lado e nunca me privarem de prosseguir os meus sonhos.

À minha irmã, por me ajudar a ver sempre o lado mais alegre e descomplicado da vida.

Aos meus amigos, pelo apoio e compreensão nos meus períodos de ausência. Em especial à Joana, por tudo o que aprendemos e vivemos juntas.

Ao Nuno, pela presença que tem na minha vida.

Resumo

A presente dissertação tem como objetivo a análise crítica da pena acessória de inibição do exercício das responsabilidades parentais no âmbito do crime de violência doméstica, prevista no número 6 do artigo 152º do Código Penal.

Verificaremos que, noutros âmbitos, a referida inibição assume contornos bastante distintos. Enquanto pena acessória nos crimes sexuais é marcada por uma maior rigidez de regime comparativamente à sua previsão no crime de violência doméstica. Além disso, é ainda marcada pela incontornável manutenção, sem fundamento, da situação de inibição em contraposição com a flexibilidade apresentada no direito civil e em violação da lei constitucional.

Julgamos ser essencial uma intervenção legislativa para que se alcance um respeito efetivo dos direitos dos progenitores enquanto tais e se assegure que o resultado das decisões judiciais penais sempre coincidirá com o superior interesse da criança.

Palavras-chave: Pena Acessória, Responsabilidades Parentais, Violência Doméstica, Crimes Sexuais, Direito Civil, Lei Constitucional, Superior Interesse da Criança.

Abstract

This dissertation intends to perform a critical analysis of the accessory penalty of inhibition of the exercise of parental responsibilities in the scope of the crime of domestic violence, foreseen in number 6 of article 152 of the Portuguese Criminal Code.

In other scopes, this inhibition assumes different contours. An ancillary offense in sexual crimes is marked by a greater rigidity of the regime than in crimes of domestic violence. In addition, it is also marked by the unavoidable maintenance, without foundation, of the situation of inhibition as opposed to the flexibility presented in civil law and in cases of violation of constitutional law.

We strongly believe that a legislative intervention is crucial to achieve effective respect for the parents' rights and to ensure that the results of criminal judicial decisions will always coincide with the best interests of the child.

Keywords: Accessory Penalty, Parental Responsibilities, Domestic Violence, Sexual Crimes, Civil Law, Constitutional Law, Best Interests of the Child.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
al.	Alínea
art./arts.	Artigo/Artigos
CC	Código Civil
CDC	Convenção sobre os Direitos da Criança
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DUDC	Declaração Universal dos Direitos das Crianças
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
LPCJP	Lei de Proteção das Crianças e Jovens em Perigo
MP	Ministério Público
n.º	Número
p./pp.	Página/Páginas
PIDCP	Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos
proc.	Processo
RGPTC	Regime Geral do Processo Tutelar Cível
ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRP	Tribunal da Relação do Porto

ÍNDICE

1. Introdução	7
2. O direito dos pais a não serem separados dos filhos e o dever do estado de proteção das crianças em perigo	8
3. Responsabilidades parentais	10
3.1. Noção	10
3.2. Natureza jurídica	11
3.3. Conteúdo	12
3.4. Exercício	13
3.5. Limitação e Inibição	14
3.5.1. Limitação	14
3.5.2. Inibição	15
4. O crime de violência doméstica	16
4.1. O bem jurídico protegido	16
4.2. O tipo objetivo de ilícito	18
4.2.1. O agente	18
4.2.2. A vítima	19
4.2.3. A conduta típica	19
4.3. O tipo subjetivo de ilícito	21
4.4. Consequências jurídicas do crime	21
4.4.1. Pena principal	21
4.4.2. Penas acessórias	22
5. A pena acessória de inibição do exercício das responsabilidades parentais	23
5.1. O regime das penas acessórias	23
5.2. As diferenças quanto à inibição do exercício das responsabilidades parentais no âmbito dos crimes sexuais	25
5.3. As diferenças quanto à inibição do exercício das responsabilidades parentais no âmbito do direito civil	30
Conclusões	37
Bibliografia	39

1. Introdução

A criança, até à maioridade, vê os seus direitos assegurados pelos seus pais.

Estes, por sua vez, contribuirão para a construção de um adulto responsável e equilibrado, criado não à sua imagem e semelhança, mas sim em razão de um interesse próprio do filho, que não se confunde com o seu apesar de, por princípio, dever com ele coincidir. Porém, ainda que a família seja o foro mais íntimo de cada pessoa e, por essa razão, a criança veja nesta instituição um lugar de refúgio, a violência parental está longe de ser, no nosso país, um fenómeno novo ou pouco frequente. Propomo-nos, neste trabalho, enunciar e refletir sobre a pena acessória de inibição do exercício das responsabilidades parentais no âmbito do crime de violência doméstica, pois, embora seja louvável a sua consagração, cremos existirem ainda alguns pontos do seu regime que impedem que se afirme uma proteção cabal destas crianças, vítimas especialmente frágeis.

Em primeiro lugar, proceder-se-á ao enquadramento constitucional e ao estudo do direito fundamental dos pais de não serem separados dos seus filhos e das decorrências do mesmo. Dedicar-nos-emos ainda ao dever que incumbe ao Estado de proteção das crianças que veem os seus progenitores incumprirem as suas obrigações parentais.

Na segunda parte, debruçar-nos-emos sobre as responsabilidades parentais, contextualizando-as no ordenamento jurídico português, analisando o seu conteúdo e as consequências da sua preterição.

O capítulo seguinte será dedicado ao tipo legal atual de violência doméstica, no qual faremos as nossas reflexões acerca de questões ainda hoje divergentes na doutrina, tal como a discussão sobre qual o bem jurídico protegido pela incriminação, passando depois pelos sujeitos, o tipo subjetivo e as consequências jurídicas do crime em análise.

Chegados ao último ponto, pensamos já ter realizado um estudo suficientemente completo para iniciarmos a discussão sobre determinadas opções legislativas tomadas quanto a esta pena acessória e, conseqüentemente, para adiantarmos algumas sugestões para ultrapassar determinados entraves. Por isso, o último capítulo ocupar-se-á do estudo e crítica das diferenças de regime quando esta pena acessória é prevista no âmbito de crimes de índole sexual, terminando com a comparação do regime penal com o regime civil.

2. O direito dos pais a não serem separados dos filhos e o dever do estado de proteção das crianças em perigo

O art. 36º da CRP garante direitos relativos à família, ao casamento e à filiação.

Relativamente ao direito que nos propomos abordar neste ponto, somos remetidos para o n.º 6 do mesmo preceito, que refere que “Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial”, estabelecendo, assim, o princípio da unidade familiar. Para que possamos analisar de forma mais completa e melhor possamos compreender este direito, parece-nos importante fazer uma breve referência à norma precedente, que estabelece o direito e o dever dos pais de educar e prover à subsistência dos seus filhos¹.

Daqui resulta que os pais, dentro das suas possibilidades, devem, durante a menoridade dos filhos, e mesmo para além desta, sempre que não seja exigível que estes o façam sozinhos, zelar pela sua saúde e segurança e pelo seu sustento e equilíbrio, cumprindo assim um dever não só social, mas também jurídico².

Concludentemente com o que vimos dizendo, o n.º 6 do mesmo artigo indica que os filhos não devem ser separados dos pais. Este é um direito subjetivo dos pais e, correspondentemente, um direito dos filhos à não privação do contacto e da convivência entre ambos. Esta garantia constitucional explica-se pelo facto de serem os pais aqueles que terão um papel essencial e, em princípio, insubstituível na condução da vida dos seus filhos.

Este direito e dever dos pais encontra ainda concretização constitucional nos arts. 67º al. c) e 68º da CRP, nos quais também se materializa uma vinculação positiva do Estado de auxílio na sua realização.

O primeiro dos preceitos prevê deveres de agir por parte do Estado, nomeadamente de proteção da família enquanto instituição constitucionalmente reconhecida. Por isso, deverá o legislador ordinário adotar as políticas públicas que entender adequadas para alcançar esse fim. Para o efeito, o n.º 2 indica de forma exemplificativa algumas ações que o Estado poderá tomar, tendo para este ponto especial relevância a al. c). Assim, e de acordo com o que já referimos anteriormente, são os pais aqueles que assumem o papel primário na aculturação e socialização dos seus filhos e, nessa medida, o Estado deve apenas apoiar os progenitores, e não substituí-los³, colaborando com estes para que dessa forma se assegure o desenvolvimento integral dos seus filhos.

¹ N.º 5: “Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos”.

² Arts. 1877º e ss. do CC e art. 5º do Protocolo n.º 7 da CEDH.

³ Medeiros, 2010, p. 1365.

Reconhecendo igualmente que a família goza de proteção em relação à sociedade e ao Estado⁴, e deve, por isso, receber auxílio deste, o art. 68º confirma ser insubstituível a ação dos pais na vida dos filhos, nomeadamente quanto ao seu ensino.

Por último, note-se que, no art. 26º da DUDH, se vê a instrução como um ponto indispensável para a realização integral da pessoa, dando-se primazia à decisão dos pais relativamente aos seus filhos⁵. Mas também neste preceito não foi desatendido o dever de cada Estado de cooperação com os progenitores, tomando medidas que possam garantir que a instrução seja efetivamente acessível a todos⁶.

Não obstante este direito ser um verdadeiro direito fundamental dos pais, a 2.^a parte do art. 36º n.º 6 demonstra que o nosso texto constitucional não proíbe que os pais sejam impossibilitados de o exercer.

Assim, da perspetiva do direito da criança a ser cuidada pelos seus progenitores, o art. 69º prevê um dever proteção do Estado⁷, com especial intensidade, nomeadamente, em situações em que os filhos se encontram em perigo por inexistência das condições necessárias para o seu correto cuidado e desenvolvimento⁸. Ora, se o que está em causa é uma ideia de *favor minoris*, esta incumbência do Estado⁹ pode resultar numa efetiva restrição do direito dos pais de cuidar e conduzir a vida dos seus filhos¹⁰.

Note-se, no entanto, que este afastamento apenas pode ser ditado em situações limite e sempre sob reserva de lei, exigindo ainda o preceito que haja decisão judicial prévia. Daqui resulta que a separação dos filhos dos seus pais é uma medida de *ultima ratio*, exigindo-se por isso que seja submetida a um crivo de proporcionalidade¹¹, só podendo ser imposta quando o superior interesse da criança o exija, o que se compreende, dado que estamos perante uma medida particularmente gravosa, porque restritiva de direitos fundamentais.

Esta privação de que falamos decorre do papel protetivo que o Estado deve assumir para com a família, enquanto instituição consagrada constitucionalmente, e, de modo

⁴ Neste sentido, também o art. 23º, 1º parágrafo do PIDCP e art. 10º, n.º 1 do PIDESC.

⁵ N.º 3.

⁶ N.º 1 e n.º 2.

⁷ No mesmo sentido, o art. 24º, 1º parágrafo do PIDCP, art. 10º, n.º 3 PIDESC, art. 19º, n.º 1 da CDC e Princípio II da DUDC.

⁸ Embora a lei fundamental apenas individualize três situações de perigo (crianças órfãs, abandonadas ou privadas de ambiente familiar normal), por identidade de razão, devem aqui caber também situações como sejam os casos de violência doméstica, trabalhos excessivos a cargo da criança, entre outras. Neste sentido, Canotilho & Moreira, 2007, p. 871.

⁹ Prevista no art. 9º al. b) da CRP.

¹⁰ Assim, embora de acordo com o art. 8, n.º 2 da CEDH, o princípio fundamental seja o da não ingerência nos assuntos familiares, os direitos fundamentais dos pais não comportam um conteúdo protegido ou formas de exercício tais que coloquem em causa os direitos constitucionalmente reconhecidos à criança. Por isso, não pode o princípio da não ingerência ser invocado para impedir esta intervenção protetora do Estado. Todavia, esta intervenção só será admissível se visar obter um justo equilíbrio entre os dois pratos da balança: o direito dos pais à educação e convivência com os filhos e os direitos fundamentais da criança. Neste sentido, Ferreira, 2016, pp. 121-122 e p. 129.

¹¹ Art. 18º, n.º 2 da CRP.

específico, para com as crianças. Assim, o Estado deve assegurar a proteção social, económica e jurídica da família sem descurar, no entanto, a primazia do respeito pelos direitos fundamentais de cada um dos seus membros¹². Concluindo, devem assumir especial relevância, não as medidas de substituição da instituição familiar, mas sim as medidas de proteção e assistência, para que aquela possa desempenhar cabalmente o seu papel¹³, assegurando o desenvolvimento integral e harmonioso do jovem¹⁴.

3. Responsabilidades parentais

3.1. Noção

As responsabilidades parentais¹⁵ consistem no conjunto de situações jurídicas que, geralmente, emergem do vínculo de filiação, incumbindo aos pais o seu exercício¹⁶, de modo a assegurar-se a proteção e promoção do desenvolvimento integral do filho menor não emancipado¹⁷.

Este tipo de responsabilidades configura uma situação jurídica familiar complexa, caracterizando-se pelo seu carácter estatutário, pela sua indisponibilidade, funcionalidade acentuada, eficácia *erga omnes*, tipicidade e tutela reforçada¹⁸.

Quanto à primeira das características enunciadas, frise-se que a situação jurídica formada por este tipo de responsabilidades funda-se na ligação paterno-filial, cuja importância é expressamente reconhecida pelo Estado¹⁹.

O carácter indisponível pode deduzir-se, desde logo, do facto de o progenitor não poder dispor das responsabilidades parentais, dado que o interesse principal subjacente àquelas pertence não a ele, mas ao menor. Além disso, estas responsabilidades não são passíveis de transmissão, daí que um dos progenitores não possa conferir, sem mais, ao outro o exercício exclusivo das mesmas²⁰. Por tudo isto se percebe que este tipo de responsabilidades não é renunciável²¹.

A funcionalidade que marca as responsabilidades parentais é bastante intensa na medida em que o conteúdo legal das mesmas é expressamente ordenado em torno do

¹² Ferreira, 2016, pp. 119-120.

¹³ De acordo com o 6º parágrafo do Preâmbulo da CDC e com os princípios orientadores da intervenção previstos na LPCJP, nomeadamente as alíneas d), f), g) e h) do art. 4º.

¹⁴ Bolieiro & Guerra, 2014, p. 15.

¹⁵ Esta expressão é igualmente utilizada na CEEDC nos arts. 1º, n.º 3, 2º al. b), 4º, n.º 1 e 6º al. a), e surgiu com a Lei 61/2008 de 31/10, substituindo-se a anterior expressão “poder paternal”. Com esta alteração, reforça-se a ideia do menor enquanto sujeito de direitos. Neste sentido, Rodrigues, 2011, p. 20.

¹⁶ Note-se que, na 2.ª parte do n.º 1 do art. 1903º do CC, admite-se que o exercício das responsabilidades parentais seja feito por pessoa diversa do progenitor do menor.

¹⁷ Art. 1877º do CC.

¹⁸ Pinheiro, 2013, p. 281.

¹⁹ Art. 68º, n.º 2 da CRP.

²⁰ De acordo com os arts. 1776º-A e 1905º, n.º 1 do CC, esta exclusividade que se verifica, por vezes, em caso de divórcio ou outros casos de rutura da relação conjugal pressupõe sempre uma intervenção estatal, ainda que ambos os progenitores estejam de acordo.

²¹ Art. 1882º do CC.

interesse do filho²², afirmando-se ser este um instituto destinado a prover um crescimento saudável do menor²³. Note-se que é esta funcionalidade que legitima a interferência do Estado na relação privada dos pais com os seus filhos.

O poder de representação enquanto conteúdo das responsabilidades parentais permite-nos perceber que estas produzem efeitos perante terceiros. Assim, os progenitores, dada a incapacidade de exercício dos menores, exercitarão os direitos e cumprirão as obrigações dos seus filhos perante terceiros.

Por fim, diga-se ainda que o conteúdo das responsabilidades parentais é típico e, nesse sentido, será negada a criação de situações jurídicas novas, bem como a supressão daquelas que a lei tem como parte integrante das ditas responsabilidades²⁴.

3.2. Natureza jurídica

Do que foi dito anteriormente podemos concluir que vivemos num período filocêntrico, isto é, um período onde as responsabilidades parentais são vistas no interesse do filho menor²⁵. No entanto, quanto à natureza jurídica destas responsabilidades, pode hesitar-se em entendê-las como um direito subjetivo peculiar (porque funcional) ou como um verdadeiro poder funcional.

Assim, aqueles²⁶ que as entendem como um direito subjetivo não negam a posição central que o interesse do filho assume nestas responsabilidades. No entanto, acautelam que não se pode desconsiderar o interesse dos pais igualmente presente, pois as responsabilidades parentais são ainda um instrumento de realização da sua personalidade.

Contudo, outros²⁷ entendem que do que se trata é de um verdadeiro poder funcional, na medida em que estas responsabilidades têm de ser obrigatoriamente exercidas, pois, caso não o sejam, o progenitor sujeita-se a sanções. Se assim é, não podemos afirmar que existe aqui a liberdade de atuação, no sentido de o seu exercício depender, exclusivamente, da vontade do seu titular, pressuposto de um verdadeiro direito subjetivo²⁸.

Parece-nos ser de concordar com os segundos autores. Reduzir as responsabilidades parentais à natureza de direito subjetivo *strictu sensu* descaracterizaria este instituto, pois deixaria de fora a sua principal característica: o altruísmo, que demonstra que este poder-dever dos pais deve ser exercido não à sua

²² Art. 1878º, n.º 1 do CC.

²³ Vide Ac. do TRG de 04/03/2013, proc. n.º 228/11.8TBCL.G1.

²⁴ Arts. 1699º, n.º 1 al. b) e 1882º do CC.

²⁵ Pinheiro, 2013, p. 286.

²⁶ Lima & Varela, 1995, pp. 331-332; Ascensão, 2002, pp. 59-60.

²⁷ Pinheiro, 2013, p. 288; Rodrigues, 2011, p. 43; Sottomayor, 2014, p. 24.

²⁸ Pinto, 2012, pp. 168-179.

mercê, mas sim pelo modo exigido pelo seu fim enquanto satisfação do interesse do menor^{29 30}.

3.3. Conteúdo

Como já tivemos oportunidade de referir, as responsabilidades parentais são um instituto jurídico complexo, abarcando situações jurídicas que podem, entre si, ter uma natureza não uniforme: umas destinadas à proteção de interesses pessoais, outras destinadas à proteção de interesses patrimoniais do menor.

O menor é, sem dúvida, sujeito de direitos; porém, é um ser ainda em desenvolvimento e, nessa medida, é frágil, carecendo por isso de uma proteção acrescida em termos jurídicos, sociais e afetivos³¹.

Pode dizer-se que aquelas responsabilidades consistem nos cuidados quotidianos a ter com a criança, através dos quais esta se desenvolve intelectual e emocionalmente, pois não se circunscrevem apenas ao suprimento da incapacidade de exercício dos menores, abarcando ainda o poder-dever de administração de bens, de guarda, de prover ao sustento e de dirigir a educação^{32 33}.

O poder-dever de representação³⁴ diz respeito ao exercício, pelos titulares das responsabilidades parentais, de todos os direitos e cumprimento de todas as obrigações do filho, salvo os atos puramente pessoais³⁵, aqueles que o menor tem o direito de praticar pessoal e livremente³⁶, e os atos respeitantes a bens cuja administração não pertença aos pais³⁷.

Por regra, os pais administram os bens dos filhos que não estejam excetuados por lei até à emancipação. Note-se que é exigido que os pais administrem os bens dos filhos com o mesmo cuidado que teriam caso se tratasse dos seus próprios bens³⁸.

²⁹ Art. 4º al. a) da LPCJP.

³⁰ Costa, 2016, p. 45, defende que este tipo de responsabilidades são linhas de atuação para os progenitores que visam sempre, como objetivo principal, o integral desenvolvimento do filho. Esta ideia de altruísmo pode ser ainda retirada do facto de o processo de regulação das responsabilidades parentais seguir a forma de processo de jurisdição voluntária, segundo o art. 12º do RGPTC. Neste sentido, Sottomayor, 2014, p. 28 “o processo de regulação é um processo de jurisdição voluntária (art. 150º OTM) o que significa que não há, nele, um conflito de interesses a compor, mas só um interesse a regular, embora possa haver um conflito de opiniões ou representações acerca do mesmo interesse”.

³¹ Sottomayor, 2014, p. 21.

³² Art. 1878º, n.º 1 do CC. Entende-se que o elenco do art. 1878º não é taxativo na medida em que, se se tratasse de um elenco fechado, as situações não previstas estariam fora das responsabilidades parentais, colocando-se, conseqüentemente, em risco o interesse do menor. Neste sentido, Rodrigues, 2011, p. 31.

³³ De acordo com a Recomendação n.º R (84) sobre as Responsabilidades Parentais de 28/02/1984, aprovada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, as responsabilidades parentais são “o conjunto de poderes e deveres destinados a assegurar o bem-estar moral e material do filho, designadamente tomando em conta a sua pessoa, mantendo relações pessoais com ele, assegurando a sua educação, o seu sustento, a sua representação legal e a administração dos seus bens”.

³⁴ Art. 1881º, n.º 1 do CC.

³⁵ Como é o caso da perfilhação conforme o art. 1850º do CC.

³⁶ Art. 127º, n.º 1 do CC.

³⁷ Art. 1888º, n.º 1 do CC.

³⁸ Art. 1897º do CC.

Quanto ao poder-dever de guarda, significa que os progenitores devem zelar pela segurança e saúde dos filhos, mantendo-os junto de si e vigiando os seus atos e relações interpessoais.

O dever de prover ao sustento dos filhos compreende todas as prestações relacionadas com a alimentação, habitação, vestuário, educação, saúde e segurança³⁹.

Relativamente ao poder-dever de dirigir a educação^{40 41}, este consubstancia-se na obrigação dos pais de promover o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos seus filhos.

Por fim, cabe ainda referir que, em contrapartida destes deveres dos pais que os filhos têm direito a ver cumpridos, estes últimos devem aos primeiros obediência⁴², respeito, auxílio e assistência⁴³. Quanto ao primeiro dos deveres referidos, veja-se porém que os pais devem dar a oportunidade aos filhos de serem ouvidos⁴⁴, o que se explica pelo facto de, paralelamente à ideia de vulnerabilidade da criança, surgir a da sua gradual autonomia como ator social⁴⁵. Note-se que os deveres de respeito, auxílio e assistência assumem um carácter bilateral, na medida em que se estabelecem quer dos filhos em relação aos seus pais, quer destes em relação àqueles.

3.4. Exercício

Desde a entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, o sistema de exercício das responsabilidades parentais segue as seguintes linhas de orientação: exercício em comum destas responsabilidades, quando os seus titulares vivam em conjunto; exercício em comum mitigado, quando os seus titulares não vivam juntos; possibilidade de exercício das responsabilidades por terceiro.

Caso os pais se encontrem numa relação matrimonial ou de união de facto, o regime será o do exercício conjunto e pleno das responsabilidades parentais⁴⁶. Se um dos pais praticar um ato incluído nas responsabilidades parentais, presume-se que age de

³⁹ Art. 2003º do CC.

⁴⁰ Art. 36º, n.º 5 da CRP e art. 1885º, n.º 1 e n.º 2 do CC.

⁴¹ Segundo Campos, 2008, p. 371: “A atribuição aos pais, pelo artigo 1878º n.º 1 da competência para dirigir a educação dos filhos, deve entender-se em termos de ‘reserva absoluta’: os pais ou a quem estes delegarem, têm o exclusivo da direção da educação dos filhos”.

⁴² Art. 128º e art. 1878º, n.º 2 do CC.

⁴³ Art. 1874º, n.º 1 do CC.

⁴⁴ Art. 1878º, n.º 2 do CC e arts. 5º, 12º e 14º da CDC.

⁴⁵ Dias, 2008, p. 94.

⁴⁶ Art. 1901º, n.º 1 e 1911º, n.º 1 do CC.

acordo com o outro⁴⁷, exceto se a lei exigir o consentimento de ambos os progenitores ou se tratar de uma questão de particular importância ^{48 49}.

Na situação de os pais estarem divorciados, separados ou deixarem de viver em união de facto, o exercício das referidas responsabilidades será conjunto mitigado⁵⁰. Neste caso, ambos tomarão as decisões relativas às questões de particular importância e, no tocante aos atos de vida corrente do filho⁵¹, o exercício destas responsabilidades estará a cargo do progenitor com quem o menor resida.

Resta apenas referir que a nossa lei permite que, em caso de impedimento de ambos os pais, as responsabilidades parentais sejam exercidas por alguém da família através de decisão judicial⁵². Prevê-se ainda a possibilidade de o menor, em caso de perigo para a sua segurança, saúde, formação moral e educação, ser confiado a terceira pessoa mediante decisão judicial⁵³.

3.5. Limitação e Inibição

Nos termos do art. 36º, n.º 6, 2.ª parte da CRP, o titular das responsabilidades parentais pode ser alvo de restrições quanto ao exercício das mesmas ou ser judicialmente privado do seu exercício^{54 55}, sempre que esteja em causa o incumprimento, culposo ou objetivo, de deveres fundamentais para com os filhos.

3.5.1. Limitação

No que diz respeito às limitações ao exercício das responsabilidades parentais, estas serão aplicáveis sempre que não seja caso para recorrer à inibição do exercício destas responsabilidades, e podem dividir-se em providências judiciais para proteção da pessoa do filho e providências judiciais para proteção do património do filho.

⁴⁷ Art. 1902º, n.º 1 do CC.

⁴⁸ Estas serão “questões existenciais graves e raras, que pertençam ao núcleo essencial dos direitos que são reconhecidos às crianças”, de acordo com Andrade, M., *et al*, 10 de Abril, p. 15. Caberão neste conceito, a título exemplificativo: a decisão sobre a inscrição em estabelecimento de ensino público ou privado, exercício de atividade laboral, saídas para o estrangeiro, interrupção voluntária da gravidez, celebração do casamento aos 16 anos, entre outras. Neste sentido, Fialho, 2013, p. 74; Fazenda, 2014, pp. 519-520; Ac. do TRC de 18/10/2011, proc. n.º 626/09.7TMCBR.C1.

⁴⁹ Sobre o não funcionamento daquela presunção relativamente a questões de particular importância, *vide* Ac. do TRE de 19/06/2008 proc. n.º 1469/08-2.

⁵⁰ Arts. 1906º e 1911º, n.º 2 do CC.

⁵¹ Estes definir-se-ão por contraposição às questões de particular importância, abrangendo todos aqueles atos que se relacionem com o quotidiano da criança, no sentido de que não implicarão consequências no futuro do menor, tais como: ocupação de tempos livres, higiene diária, vestuário, alimentação, entre outras. Neste sentido, Fialho, 2013, p. 76; Fazenda, 2014, pp. 520-521.

⁵² Arts. 1903º, n.º 1 e 1904º do CC.

⁵³ Arts. 1907º e 1918º do CC.

⁵⁴ Para que a inibição seja decretada é necessário que a situação em causa revista carácter de gravidade, o que se deduz *a contrario* dos arts. 1918º a 1920º do CC. Neste sentido, Neto, 2013, p. 1527.

⁵⁵ Art. 3º al. h) do RGPTC.

As primeiras aplicar-se-ão quando a segurança, saúde, formação moral e educação do filho se encontrem em perigo⁵⁶. Nestes casos, pode o tribunal, a requerimento do MP, de qualquer parente do menor ou de pessoa a cuja guarda ele esteja confiado, decretar as providências adequadas, nomeadamente confiá-lo a terceira pessoa ou a estabelecimento de educação e assistência, sendo estabelecido um regime de visitas aos pais, salvo se o interesse do menor não o permitir⁵⁷. Note-se que os pais, nestes casos, conservam o exercício das responsabilidades parentais em tudo aquilo que não for inconciliável com a providência decretada⁵⁸.

Quanto às providências judiciais para proteção do património do filho, o princípio é de que os pais não prejudicarão os filhos; no entanto, mesmo sem intenção maléfica, podem os pais fazer uma má administração, não retirando todas as potencialidades do património dos seus filhos⁵⁹. Se assim for, pode o tribunal, a requerimento do MP ou de qualquer parente, decretar providências⁶⁰, tais como a prestação de contas e de informações sobre a administração e estado do património do menor ou, não sendo estas suficientes, poderão ter de prestar caução⁶¹.

Cabe ainda referir que a revogação ou alteração das medidas limitativas aplicadas pode ser feita a todo o tempo pelo tribunal, a requerimento do MP ou de qualquer dos pais⁶².

3.5.2. Inibição

A inibição do exercício das responsabilidades parentais afeta, tal como a sua limitação, o exercício das mesmas pelos progenitores, mas não exclui a titularidade das mesmas por parte daqueles⁶³.

A inibição do exercício das responsabilidades parentais, quanto à fonte, pode resultar da lei ou de decisão judicial.

A inibição decorrente da lei, ou que seja decretada pelo tribunal tendo como fundamento a condenação do agente num crime a que a lei atribua esse efeito, designa-se por “inibição de pleno direito”. Por sua vez, designar-se-á “inibição judicial” aquela inibição que não tenha por fundamento crime a que a lei atribua esse efeito⁶⁴.

Consideram-se de pleno direito inibidos do exercício das responsabilidades parentais⁶⁵, desde logo, os menores, os interditos, os inabilitados, os ausentes desde a

⁵⁶ Art. 1918º do CC.

⁵⁷ Art. 1919º, n.º 2 do CC.

⁵⁸ Art. 1919º, n.º 1 do CC.

⁵⁹ Leitão, 2004, p. 28.

⁶⁰ Art. 1920º, n.º 1 do CC e art. 58º do RGPTC.

⁶¹ Art. 1920º, n.º 2 do CC.

⁶² Art. 1920º-A do CC.

⁶³ Neto, 2013, p. 1526.

⁶⁴ Pinheiro, 2013, p. 321.

⁶⁵ Art. 1913º do CC.

nomeação do curador provisório, bem como os pais biológicos depois de decretada a confiança judicial ou a medida de promoção e proteção de confiança a pessoa definida para a adoção ou a instituição com vista a futura adoção⁶⁶. Além destes, a nossa lei refere que cabem ainda nesta categoria os condenados definitivamente por crimes a que a lei atribua esse efeito⁶⁷.

A inibição judicial será, de acordo com o fundamento do tribunal, total ou parcial, consoante abranja a generalidade das situações contidas nas responsabilidades parentais ou somente a representação e administração dos bens do filho. Pode referir-se a um ou ambos os pais e, ainda, a um só filho ou a mais do que um. Esta inibição pode ser requerida pelo MP, por qualquer parente do menor ou por pessoa a cuja guarda ele esteja confiado, de facto ou de direito, com fundamento em causas subjetivas e objetivas⁶⁸. Como causas subjetivas podem assinalar-se a infração culposa dos deveres dos progenitores com grave prejuízo para os seus filhos e, como causas objetivas, enumeram-se a inexperiência, enfermidade, ausência ou outra razão que demonstre que o progenitor não se encontra em condições de cumprir os deveres que lhe incumbem enquanto tal. Esta inibição cessará quando terminem as causas que lhe deram origem ou a pedido⁶⁹.

4. O crime de violência doméstica

4.1. O bem jurídico protegido

Como é sabido, só nos será possível estabelecer qual o fundamento ético-jurídico desta incriminação e, conseqüentemente, aferir a sua integração na ordem jurídico-constitucional determinando quais os direitos e interesses individuais e sociais que são tutelados por este tipo legal.

Hoje em dia, em face do tipo legal que temos⁷⁰, já não é possível afirmar que o bem protegido seja a subsistência da instituição familiar, por duas razões: em primeiro lugar, o que se pretende é proteger a pessoa da vítima, e depois porque, se atentarmos ao preceito em causa, podemos facilmente constatar que, pese embora a conduta violenta possa ser infligida contra cônjuge, descendente ou ascendente, do mesmo modo podem ser vítimas deste crime pessoas com as quais o agente não tenha qualquer laço familiar.

Encontra-se também afastada a ideia de que o bem jurídico em causa é somente a integridade física. Ficaria aquém do âmbito protetivo que se pretende que tenha esta incriminação se se afirmasse que o tipo legal em análise não seria mais do que um tipo qualificado de maus tratos físicos. Apesar de, em termos sistemáticos, este tipo legal se

⁶⁶ Art. 1978º-A do CC.

⁶⁷ Veja-se, a propósito, os arts. 69º-B e 69º-C do CP.

⁶⁸ Art. 1915º, n.ºs 1 e 2 do CC e art. 52º e ss. do RGPTC.

⁶⁹ Art. 1916º, n.ºs 1 e 2 do CC.

⁷⁰ Previsto no art. 152º do CP.

inserir no capítulo referente aos crimes contra a integridade física, a verdade é que desde 1995 que são compreendidos no preceito humilhações, ameaças e outro tipo de maus tratos psíquicos.

Assentes que estão as ideias referidas anteriormente, a doutrina continua dividida quanto a saber qual o concreto bem jurídico subjacente à incriminação em análise.

Por um lado, há quem entenda⁷¹, de forma majoritária e encontrando um amplo apoio na jurisprudência⁷², que é a saúde que se pretende diretamente proteger. Assim, estará aqui em causa a defesa de todo e qualquer comportamento que prejudique o bem-estar da pessoa. Note-se que a saúde deve ser entendida em sentido amplo, de modo a abranger a saúde física e mental.

Outros⁷³ entendem que o bem jurídico aqui salvaguardado é a dignidade da pessoa humana⁷⁴. Parece-nos, no entanto, demasiado vago um tal entendimento, na medida em que a dignidade, como reduto último do facto de se ser pessoa, marca presença em outros tantos bens jurídicos protegidos por outras incriminações. Se podemos assim afirmar que a dignidade da pessoa é o pedestal de todas as dimensões do ser humano, sendo bastante abrangente, não nos parece poder dizer-se que tenha especificidade suficiente para ser o bem jurídico concretamente protegido pela incriminação⁷⁵.

Há autores⁷⁶ que, embora não identificando a dignidade da pessoa humana como o concreto bem jurídico a proteger por esta incriminação, entendem que esse será uma derivação daquela. Assim, identificam o bem jurídico a proteger como o direito fundamental à integridade pessoal⁷⁷ e ao livre desenvolvimento da personalidade⁷⁸, isto é, o asseguramento das condições de livre desenvolvimento da personalidade no âmbito de uma relação interpessoal próxima.

Para outros⁷⁹, não se torna viável definir um único bem jurídico, devendo antes afirmar-se um bem jurídico complexo⁸⁰, uma vez que seria demasiado redutor cingirmo-nos à integridade física e psíquica, pois também a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual e a honra devem ser entendidas como direitos que se pretendem salvaguardar com esta incriminação.

Tendemos a concordar com esta última posição. Assim, sustentamos a natureza complexa do bem jurídico protegido, mas entendemos que, para além dos bens jurídicos

⁷¹ Carvalho, 2012, p. 512; Brandão, 2010, p. 14.

⁷² Vide Ac. do STJ de 02/07/2008, proc. n.º 07P3861 e Ac. do TRP de 06/02/2013, proc. n.º 2167/10.OPAVNG.P1.

⁷³ Feitor, 2012, p. 5.

⁷⁴ Vide Ac. do TRC de 29/01/2014, proc. n.º 1290/12.1PBAVR.C1 e o Ac. do TRC de 22/11/2017, proc. n.º 1176/16.OPBCBR.C1.

⁷⁵ Neste sentido, Brandão, 2010, p. 14.

⁷⁶ Leite, 2010, p. 49.

⁷⁷ Art. 25º da CRP.

⁷⁸ Art. 26º da CRP.

⁷⁹ Albuquerque, 2015, p. 591.

⁸⁰ Vide Ac. do TRE de 08/01/2013, proc. n.º 113/10.OTAVVC.E11.

referidos à vítima, deve afirmar-se a intenção de salvaguarda de uma certa convivência e paz, de modo a garantir um ambiente benéfico e digno entre pessoas que têm (ou tiveram) uma relação próxima (não necessariamente familiar), mas que nos parece ganhar relevo para ser protegido por este tipo legal⁸¹. Pensamos que a danosidade social da conduta, quando praticada entre pessoas ligadas por um laço familiar ou análogo, presente ou passado, é certamente distinta, porque bastante superior, daquela que se afirma quando a mesma conduta é praticada entre pessoas que não têm, entre si, uma tal relação de proximidade afetiva, ou mesmo entre aquelas que se cruzam fortuitamente, o que entendemos justificar a incriminação.

4.2. O tipo objetivo de ilícito

4.2.1. O agente

Todo o tipo legal de crime pressupõe um autor e, para que possamos, de forma mais cabal, tratar deste ponto, parece-nos relevante iniciar com a classificação que diferencia crimes específicos de crimes comuns. Assim, os primeiros serão aqueles nos quais o legislador limita a autoria a pessoas que tenham certa qualidade ou certo dever. Por sua vez, os segundos serão aqueles em que o tipo legal não exige nenhuma qualidade especial relativamente ao autor, podendo ser praticados pela generalidade dos sujeitos. Veja-se, ainda, que os crimes específicos podem ser subdivididos em próprios, quando a qualidade ou dever referidos fundamentam a incriminação, ou impróprios, quando a qualidade ou dever fundamentam a agravação da pena⁸².

Percorrendo as diferentes alíneas do n.º 1 do art. 152º, verificamos que é exigido que, entre o agente e o sujeito passivo, exista ou tenha existido⁸³ uma relação afetiva relevante, seja conjugal ou análoga, relação parental ou de coabitação. Se assim é, afirmamos que estamos perante um crime específico impróprio⁸⁴, na medida em que esta

⁸¹ “Estamos em crer que o legislador, na redação da hipótese e da estatuição desta norma, vislumbra uma perspetiva de futuro que vai muito para além da expectativa de proteção da saúde individual, da vítima em concreto, para assumir um escopo protetor da própria família, ou da comunidade doméstica, enquanto tal, ou, pelo menos, a proteção da pacífica convivência entre pessoas que mantêm, ou já mantiveram, uma relação de proximidade estreita”. Ferreira, 2017, p. 8; No mesmo sentido, Ac. do TRP de 12/10/2016, proc. n.º 2255/15.7T9PRT.P1.

⁸² Dias, 2012, p. 304.

⁸³ Leite, 2010, p. 44 entende que “dever-se-ia estabelecer um limite temporal máximo (de um ano) após o divórcio ou separação (...). Apenas um critério como este asseguraria a certeza e segurança jurídica”. Por sua vez, Fernandes, 2016, p. 92 defende que “No caso de relações pretéritas, mais do que estabelecer um prazo máximo de validade, é necessário que entre os anteriores parceiros íntimos se mantenham laços afetivos ou que, pelo menos da parte do agressor, se evidencie a vontade de manter a ligação à vítima”.

⁸⁴ Albuquerque, 2015, p. 591; Almeida, 2016, p. 199; Carvalho, 2012, p. 513; Ac. TRE de 08/01/2013, proc. n.º 113/10.0TAVVC.E11.

relação permite atribuir a tais comportamentos outra dimensão valorativa, sendo então fundamento de agravação da ilicitude, da culpa e, por isso, da pena⁸⁵.

4.2.2. A vítima

Os sujeitos passivos deste tipo legal de crime estão previstos nas diversas alíneas do n.º 1.

Conseguimos assim verificar que o legislador prescindiu da existência de laços familiares entre o sujeito ativo e o sujeito passivo na medida em que estão abrangidos, além dos cônjuges, também os ex-cônjuges⁸⁶, pessoa com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou equiparada à que resulta do casamento ainda que sem coabitação⁸⁷, relações parentais não familiares⁸⁸ e, ainda, pessoas particularmente indefesas que coabitem com o agente^{89 90}.

Da leitura do preceito podemos extrair que excluídas do seu âmbito ficam aquelas situações de violência entre pessoas que entre si tenham relações afetivas ou mesmo sexuais fugazes, ocasionais ou esporádicas. Portanto, apesar de não ser necessária a comunhão habitual de cama, mesa e habitação, impõe-se a existência de uma certa estabilidade no relacionamento, traduzida na presença de uma proximidade existencial afetiva que justificará que os sujeitos sejam titulares de uma expectativa recíproca de que o outro se absterá de condutas lesivas da sua integridade pessoal⁹¹. Como vimos, serão sempre relações que ocorrem no mais íntimo da socialização humana^{92 93}.

4.2.3. A conduta típica

O tipo legal de violência doméstica consubstancia um crime de dano, quanto ao bem jurídico⁹⁴, e de resultado, quanto ao objeto da ação.

⁸⁵ No entanto, em certos casos, estaremos diante de um crime específico próprio, na medida em que os comportamentos infligidos isoladamente não seriam qualificados como crime; no entanto, quando integrados neste cenário passam a preencher este tipo legal. Neste sentido, Carvalho, 2012, pp. 513-514.

⁸⁶ Al. a).

⁸⁷ Al. b).

⁸⁸ Al. c).

⁸⁹ Al. d).

⁹⁰ A exigência de coabitação nestes casos facilita o estabelecimento de uma relação de proximidade e de convivência relacional íntima com o agressor.

⁹¹ Leite, 2010, p. 52.

⁹² Perquilhas, 2016, p. 279.

⁹³ No mesmo sentido, Brandão, 2010, p. 10, refere que “a violência exercida sobre as pessoas incluídas naqueles dois catálogos de sujeitos passivos está em condições de gozar de *uma tutela penal especial, fundada no vínculo familiar presente ou passado que as ligue ao agente*”.

⁹⁴ Neste sentido, Albuquerque, 2015, p. 591, bem como, Leite, 2010, p. 43. No entanto, esta é uma questão que não é unânime na doutrina portuguesa. Há autores como Carvalho, 2012, p. 520, que, diversamente, afirmam que este crime tanto pode ser de resultado (estando em causa, por exemplo, maus tratos físicos) como de mera conduta (como acontece com as ameaças) e, quanto ao bem jurídico, pode tratar-se quer de um crime de dano (por exemplo, em casos de privação da liberdade), quer de um crime de perigo de dano (são os casos de ameaças ou humilhações). Por sua vez, Brandão, 2010, pp. 16-17, entende que se trata de um crime de perigo abstrato, afirmando que encarar este tipo legal como um crime de dano implica exigir-se a verificação efetiva da lesão do bem jurídico, o que, para o autor, faria com que este crime não fosse mais

Este crime pode realizar-se omissiva ou ativamente, por diversas condutas⁹⁵, tratando-se de um crime de execução não vinculada e, por isso, entende-se que o n.º 1 estabelece um elenco não taxativo.

Segundo a Convenção de Istambul, o conceito de violência doméstica abarca todos os atos de “violência física, sexual, psicológica ou económica”⁹⁶. Assim, o aplicador deve interpretar o preceito de forma a compreender não apenas a agressão física enquanto condutas que visam diretamente o corpo da vítima, tais como bofetadas, murros, empurrões e pontapés. Devem caber no preceito também as agressões psicológicas, como vexames, coação, provocação, privações da liberdade impedindo o seu relacionamento com outras pessoas e afastamento do seu meio social, esperas à porta da residência ou local de trabalho e perseguições⁹⁷. Incluem-se também no preceito agressões sexuais⁹⁸, que se podem traduzir na prática forçada⁹⁹ ou na ausência de qualquer tipo de ato sexual, e ainda agressão económica, na forma de impedimento de livre acesso e gestão do dinheiro ou património. Embora no tipo legal caiba uma multiplicidade de atos, parece-nos ser de afirmar que o ponto comum será sempre a afirmação de um poder do agressor sobre a vítima, tendo esta de suportar e viver num estado de medo e tensão^{100 101}.

O tratamento cruel, tal como a omissão de medicamentos ou refeições, não vem expressamente referido no art. 152º do CP, mas apenas no tipo legal seguinte; no entanto, deve considerar-se integrado nos maus tratos psíquicos¹⁰².

do que uma forma agravada do tipo legal de ofensas à integridade física. Assim, o mesmo autor, defendendo que o bem jurídico em causa será a saúde, refere que o objetivo será sempre oferecer uma tutela antecipada ao bem jurídico em apreço, o que é próprio dos crimes de perigo abstrato. Por sua vez, Feitor, 2012, pp. 3-5, entendendo que o dano não é mais do que uma consequência biopsicofisiológica do ato violento, defende que está em causa um crime de perigo concreto, pois, diz a autora, “Uma vez demonstrada a prática do ato violento, tal deveria bastar para a condenação, pois fazer depender esta das consequências ou sequelas que a vítima haja sofrido em resultado da prática do ato violento não é mais do que validar a violência, pois que só se pune em função do seu dano e não da violência praticada”.

⁹⁵ Com a revisão do CP de 2007 passou a prever-se expressamente no tipo legal que as condutas violentas podem ser, ou não, reiteradas. Assim, para a análise da gravidade ou intensidade da conduta, de modo a prescindir-se da existência de uma conduta plúrima, menos importante não será o facto de entre o agente e a vítima existir uma relação que é digna de tutela, ainda que a força física ou psíquica não seja tão intensa ou não leve a um resultado tão gravoso. Neste sentido, Ferreira, 2017, p. 5.

⁹⁶ Art. 3º al. b).

⁹⁷ Não esqueçamos que, com a Lei 83/2015, de 5/08, foi aditado ao CP o art. 154º-A, que prevê o crime de perseguição, que, não sendo punido tão gravemente como o crime de violência doméstica, leva a que, podendo a situação enquadrar-se também neste último crime, se afirme entre ambos os crimes um concurso aparente numa relação de consunção, prevalecendo a violência doméstica.

⁹⁸ Cardoso, 2012, p. 20, alerta para o facto de haver incongruência entre este tipo legal e os crimes sexuais contra adultos, na medida em que estes últimos são, na sua maioria, crimes semipúblicos, enquanto o tipo legal que nos propomos tratar é, desde 2000, um crime público. No entanto, diz a autora que poder-se-á encontrar justificação para esta diferença na constatação pelo legislador de que é no seio da família que ocorrem com mais frequência este tipo de crimes e que, também por isso, existem maiores constrangimentos em apresentar queixa.

⁹⁹ Arts. 163º, 164º e 170º do CP.

¹⁰⁰ Almeida, 2016, pp. 201-202.

¹⁰¹ O tipo legal refere ainda “castigos corporais”. Entendemos que estes devem ser entendidos em relação a menores, mas note-se que tais castigos, ainda que aplicados com intento educativo, podem integrar este tipo legal quando não se mostrem adequados a atingir esse fim e violem princípios fundamentais da dignidade humana. Neste sentido, Faria, 2012, p. 319; Carvalho, 2012, p. 521.

¹⁰² Carvalho, 2012, p. 516; Albuquerque, 2015, p. 593.

Quanto ao emprego dos sujeitos passivos deste crime em atividades perigosas, desumanas, proibidas ou manifestamente excessivas face à qualidade da vítima, há quem entenda¹⁰³ que, embora tais comportamentos apenas venham expressamente previstos no art.152º-A, n.º 1 al. b), devem considerar-se integrados no art. 152º, na medida em que, embora as penas sejam iguais em ambos os tipos legais, o crime de violência doméstica, dada a maior intensidade das relações entre o agente e a vítima, se reveste de maior gravidade e censurabilidade, o que, conseqüentemente, o especifica.

4.3. O tipo subjetivo de ilícito

Entende-se unanimemente que o tipo legal de violência doméstica é um crime doloso, aceitando-se o dolo em qualquer uma das suas modalidades¹⁰⁴. Por isso, será essencial a plena consciência, por parte do agente, da identidade da vítima e da relação que o une a esta e que, mesmo assim, não se iniba de praticar o facto criminoso.

Parece-nos importante sublinhar que acompanhamos aqueles¹⁰⁵ que negam a exigência de um dolo específico, isto é, que o agente tenha atuado movido pelo desejo de demonstrar prevalência e domínio sobre a vítima¹⁰⁶. Como sabemos, com o CP de 1982 surgiu, pela primeira vez, a criminalização deste tipo de violência no art. 153º e, naquele tipo legal, era exigida a presença de um dolo específico, na medida em que se impunha que ao ato violento empregue estivesse subjacente malvadez ou egoísmo, o que acabava por reduzir o âmbito de aplicação do preceito. Porém, em 1995, esta exigência é abandonada, o que nos parece vir demonstrar que o legislador pretendeu consagrar a mera exigência de dolo simples, de forma a reconhecer-se uma maior abrangência deste tipo legal.

4.4. Consequências jurídicas do crime

4.4.1. Pena principal

Quanto ao tipo legal de que tratamos, está prevista uma pena de prisão de um a cinco anos¹⁰⁷.

No entanto, esta moldura penal pode ser agravada em função do modo, lugar e resultado eventualmente produzido¹⁰⁸. Assim, caso a conduta criminosa tenha sido praticada contra menor, na sua presença, no domicílio da vítima ou comum entre esta e

¹⁰³ Carvalho, 2012, pp. 516-517; Em sentido contrário, Albuquerque, 2015, p. 593.

¹⁰⁴ Art. 14º do CP.

¹⁰⁵ Ferreira, 2017, p. 12.

¹⁰⁶ Exigindo este requisito o Ac. do TRP de 2/12/2015, proc. n.º 864/13.8PCMTS.P1.

¹⁰⁷ N.º 1.

¹⁰⁸ No entanto, o art. 46º da Convenção de Istambul prevê um elenco muito mais alargado de circunstâncias agravantes, impondo-se, por isso, uma alteração do texto legal nacional, conformando-se ao texto da Convenção.

o agente, o limite mínimo aumenta para dois anos de prisão¹⁰⁹. Poderá dizer-se que, atuando nestas circunstâncias, o agente se aproveita da confiança elevada que a vítima tem nele e na segurança em que crê estar por se encontrar no seu lar^{110 111}. A pena de prisão será de dois a oito anos se dos factos resultar uma ofensa à integridade física grave¹¹² e, se ocorrer a morte da vítima, passará a ser de três a dez anos^{113 114}.

4.4.2. Penas acessórias

Quanto a este tipo de penas, é de notar uma crescente preocupação do legislador em proteger a vítima e, ainda, em intervir junto do agressor de forma educacional e ressocializadora. Assim, constam do n.º 4 do art. 152º: a pena acessória de proibição de contacto com a vítima e de proibição de uso e porte de armas por um período estabelecido entre os seis meses a cinco anos, e a pena acessória de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência doméstica¹¹⁵.

Quanto à primeira, frise-se que o contacto a que o legislador se refere envolve tanto o contacto por via presencial ou telefónico, como por outros meios de comunicação. Além disso, por local de residência da vítima deve entender-se o local onde ela tem o seu centro de vida pessoal, mas há doutrina¹¹⁶, com a qual concordamos, que afirma que, caso esta resida com o agressor e a habitação seja propriedade deste, não pode o tribunal determinar o seu afastamento por manifesta desproporcionalidade. Por local de trabalho deve entender-se o sítio onde a vítima desenvolve a sua atividade profissional, seja esta permanente ou esporádica. No entanto, caso a vítima trabalhe no mesmo local que o agressor, o direito ao trabalho deste cede diante do direito à integridade pessoal da vítima¹¹⁷. Quanto à segunda pena acessória referida, esta poderá ser determinada ainda que o agente não tenha utilizado armas para cometer o facto ilícito, ou nem seja sequer portador de armas, ficando assim impedido de obter a respetiva licença¹¹⁸. Quanto à última das penas acessórias enunciadas, levantam-se problemas de

¹⁰⁹ N.º 2.

¹¹⁰ Simões, 2015, p. 12.

¹¹¹ De acordo com Cardoso, 2012, p. 35, não será tão compreensível o agravamento quando o facto é cometido no domicílio comum, uma vez que esse será o local onde, em regra, o crime é cometido e, assim sendo, todos os casos seriam de violência doméstica qualificada. A autora apenas encontra justificação para esta opção legislativa na intenção do legislador de, com o agravamento, dissuadir o agressor, na medida em que o domicílio comum será o local por excelência para exercer a violência, não só mas também porque o agente sabe que não terá testemunhas.

¹¹² N.º 3 al. a).

¹¹³ N.º 3 al. b).

¹¹⁴ Há autores que entendem, e bem, segundo nos parece, que o legislador deveria considerar os casos em que a vítima acaba por se suicidar, na medida em que é consabido que a violência doméstica é suscetível de criar na vítima estados depressivos profundos. Neste sentido, Carvalho, 2012, p. 533.

¹¹⁵ N.º 4.

¹¹⁶ Albuquerque, 2015, p. 595.

¹¹⁷ Albuquerque, 2015, p. 595.

¹¹⁸ Albuquerque, 2015, p. 596.

inconstitucionalidade, na medida em que não se prevê qualquer limite máximo de duração¹¹⁹.

Por fim, do elenco das penas acessórias consta ainda, no n.º 6 do art. 152º, a inibição do exercício das responsabilidades parentais¹²⁰, sendo este o objeto central do nosso estudo e ao qual vamos dedicar as reflexões que se seguem.

5. A pena acessória de inibição do exercício das responsabilidades parentais

5.1. O regime das penas acessórias

As penas acessórias são consequências jurídicas do crime que se aplicam cumulativamente a uma pena principal ou a uma pena de substituição da pena principal, fixadas na sentença condenatória¹²¹.

No âmbito das penas acessórias vigora o princípio da legalidade criminal, isto é, o julgador não poderá aplicar penas acessórias para além daquelas previstas na lei. Entre nós, as penas acessórias estão previstas quer em leis extravagantes, quer no Código Penal, embora quanto a este último exista alguma dispersão. Assim, encontram-se consagradas penas acessórias na parte geral do código, aplicando-se a vários tipos legais de crime¹²², e outras previstas no próprio tipo legal de crime¹²³.

Veja-se que, apesar da acessoriedade, não se nega a sua natureza de verdadeiras penas, na medida em que na sua base se encontram, tal como na pena principal ou de substituição, ideias de culpa¹²⁴ e, embora agora com o intuito de amplificação ou reforço, as necessidades de prevenção geral e especial¹²⁵. Isto é, a sua determinação é feita, tal como nas penas principais, de acordo com o grau de culpa (como limite máximo) e as necessidades de prevenção geral e especial, que assumem aqui um papel muito relevante. Acresce ainda que a pena acessória será graduada no âmbito de uma moldura autónoma fixada pela lei.

Assim, a sua consagração no sistema sancionatório português justifica-se pelo facto de, muitas vezes, as finalidades de prevenção geral e de prevenção especial não poderem ser alcançadas devido às particulares exigências do caso, com a mera aplicação da pena principal ou de substituição. Se assim é, e tal como o nome indica, a pena acessória tem

¹¹⁹ Colidindo assim com o art. 30º, n.º 1 da CRP.

¹²⁰ N.º 6.

¹²¹ Dias, 1993, p. 93; Antunes, 2010-2011, pp. 12-13.

¹²² Arts. 66º a 69º-C do CP.

¹²³ É o caso do art. 152º, n.ºs 4, 5 e 6 do CP.

¹²⁴ Por isso se diferenciam dos efeitos das penas, na medida em que estes operam *ope legis*, seguindo-se necessariamente à condenação, e, portanto, a culpa não teria qualquer peso na sua aplicação.

¹²⁵ Art. 71º, n.º 1 do CP.

uma função adjuvante de proteção de determinados interesses lesados ou colocados em perigo com a prática do crime.

Todavia, se podemos afirmar que a condenação numa pena principal é condição necessária para a aplicação de uma pena acessória, nunca poderemos dizer que será condição suficiente. Assim, ao requisito formal soma-se o requisito material enquanto específica gravidade do facto praticado, na medida em que será sempre indispensável que o facto praticado demonstre um particular conteúdo de ilícito que justifique a aplicação de uma pena adicional à pena principal.

Esta exigência de consideração global do evento provocado pelo agente remete-nos para uma questão essencial neste âmbito: a não automaticidade dos efeitos das penas. Este princípio está previsto quer na Constituição Penal, quer na lei ordinária, prevendo-se que “Nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de direitos civis, profissionais ou políticos”¹²⁶. Se assim é, a pena acessória não pode ser aplicada ao agente de forma automática, isto é, bastando-se com o cometimento de certo crime, ficando, desta forma, à margem de qualquer apreciação por parte do julgador. Por isso, para que a aplicação deste tipo de penas não padeça de inconstitucionalidade, exige-se um juízo autónomo do tribunal, que se baseie em princípios legais, nomeadamente o princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, deve o juiz, por um lado, atender à gravidade do facto praticado pelo agente tendo em conta o princípio da culpa e necessidades de prevenção e, por outro lado, ponderar a conexão existente entre o efeito de privação do direito em causa e o facto criminoso praticado^{127 128}. Tudo isto verificado, poderá dizer-se que o juiz terá a seu cargo o poder-dever de aplicação da pena acessória. Conclui-se assim que esta proibição ganha todo o sentido atendendo à pretensão do legislador de retirar às penas efeitos estigmatizantes e, conseqüentemente, impossibilitadores da readaptação social do delinquente, bem como de assegurar a proporcionalidade entre o crime e a pena acessória e, assim, a jurisdicção da mesma¹²⁹.

Feita esta análise colocam-se, contudo, dúvidas quanto à pena acessória de inibição do exercício das responsabilidades parentais prevista no n.º 6. Assim, nos pontos seguintes debruçar-nos-emos sobre as duas questões que nos colocam mais reservas: a razão de ser das diferenças existentes quando a mesma inibição é consagrada no âmbito dos crimes sexuais, bem como as diferenças face à inibição quando aplicada no âmbito civil.

¹²⁶ Arts. 30º, n.º 4 da CRP e 65º, n.º 1 do CP.

¹²⁷ Cunha, 2010, p. 686.

¹²⁸ Veja-se que, no caso da pena acessória que nos propomos tratar no presente capítulo, é exigido ao julgador que tenha em conta a gravidade do facto praticado pelo agente, assim como a concreta função por ele exercida.

¹²⁹ Vide Ac. do TC 442/93, proc. n.º 108/93.

5.2. As diferenças quanto à inibição do exercício das responsabilidades parentais no âmbito dos crimes sexuais

A possibilidade de a pena acessória de inibição do exercício das responsabilidades parentais ser aplicada no âmbito de crimes de índole sexual está consagrada desde 1982. Porém, sob a epígrafe “Suspensão do poder paternal”, o então CP de 1982 apenas permitia que fosse aplicada esta suspensão no caso de crimes de lenocínio e tráfico de pessoas¹³⁰. Com a reforma de 1995, passa a poder aplicar-se a todos os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual¹³¹. Por sua vez, no que ao crime de violência doméstica diz respeito, a referida inibição apenas teve consagração legal em 2007¹³². Todavia, ainda hoje continuam a evidenciar-se algumas divergências.

Em 2015¹³³ introduziram-se alterações sistemáticas no âmbito dos crimes sexuais, aditando-se os arts. 69º-B e 69º-C e revogando-se, conseqüentemente, o então art. 179º. Assim, e ao contrário do que sucede no crime de violência doméstica, em que a referida inibição se encontra no próprio tipo legal, no caso de crimes sexuais somos agora remetidos para a Parte Geral do Código.

Acontece que aquela alteração sistemática trouxe consigo uma modificação do texto legal que, até então, em tudo se assemelhava ao n.º 6 do artigo 152º, justificando-se a referida mudança pela necessidade de tornar mais eficaz esta pena acessória no âmbito dos crimes sexuais, contribuindo-se, assim, para o combate a uma das mais graves violações de direitos humanos¹³⁴. As exigências de gravidade do facto e de conexão com a função exercida pelo agente, que eram comuns, são assim substituídas, nos crimes de índole sexual, pela necessidade de afirmação de uma particular ligação afetiva entre o agente e a vítima. Deste modo, será inibido do exercício das responsabilidades parentais aquele que pratique ofensas sexuais cuja vítima seja seu descendente, do seu cônjuge ou daquele com quem mantenha uma relação análoga à dos cônjuges.¹³⁵ A questão que se coloca é a de saber se também esta particular ligação é exigida no caso do crime de violência doméstica, isto é, questionamo-nos se, para que o agressor seja condenado nesta pena acessória, a vítima deste crime terá de ser o menor de forma direta, não bastando a mera assistência ou conhecimento dos atos de violência praticados pelo agressor sobre, por exemplo, o outro cônjuge-progenitor. Acreditamos que o menor deve

¹³⁰ O art. 218º do CP de 1982 previa que: “Quem for condenado pelos crimes previstos nos artigos 215.º a 217.º poderá ser inibido do exercício do poder paternal, da tutela, da curatela ou da administração de bens pelo tempo de 2 a 5 anos”.

¹³¹ O art. 179º do CP de 1995 previa que: “Quem for condenado por crime previsto nos artigos 163.º a 176.º pode, atenta a concreta gravidade do facto e a sua conexão com a função exercida pelo agente, ser inibido do exercício do poder paternal, da tutela ou da curatela por um período de 2 a 15 anos”.

¹³² Por via da Lei n.º 59/2007, de 04/09.

¹³³ Pela Lei n.º 103/2015, de 24/08.

¹³⁴ Governo, 19 março 2015, p. 2.

¹³⁵ Art. 69º-C, n.º 3 do CP.

ser, tal como nos crimes sexuais, a vítima do crime. Contudo, parece-nos relevante reforçar que essa vitimação pode ocorrer quer através de atos diretamente perpetrados contra o menor, quer através de atos cometidos noutras pessoas, mas assistidos ou conhecidos pelo menor. Como vimos anteriormente, este é um ilícito que dispensa a presença de um dolo específico, isto é, a intenção do agente. Se assim é, embora no ato perpetrado pelo agente não tenha estado presente a intenção de agredir o seu filho ou o filho do seu cônjuge, a verdade é que presenciar um episódio de violência¹³⁶ é, só por si, uma forma de mau trato e vitimação infantil¹³⁷, fenómeno que é frequentemente apelidado de “vitimação indireta”^{138 139}. Embora em idades mais precoces a criança possa ainda não compreender o conteúdo da violência a que assiste, não podemos deixar de considerar que um ambiente familiar violento será prejudicial para qualquer indivíduo, tanto mais para uma criança, um ser em formação e, por isso, mais vulnerável ao mundo que o rodeia. Além disso, pelo facto de um progenitor permitir ou não ter o cuidado de impedir que a criança assista a atos violentos, parece-nos estar, desde logo, a incumprir as suas obrigações de cuidado e de proteção. Nessa medida, violará de forma grave e culposa os deveres decorrentes da parentalidade e demonstrará não considerar nos seus atos o interesse da criança de que deve cuidar, o que justificará uma inibição das suas responsabilidades enquanto progenitor. Veja-se que a criança que assista a atos violentos no contexto familiar, que supunha ser seguro, poderá apresentar no futuro problemas emocionais e de relacionamento com o outro, perturbações do desenvolvimento e de cognição¹⁴⁰, e, se assim é, não temos dúvidas de que a violência conjugal tornará sempre vítima a criança que a ela assiste. Destarte, acompanhamos aqueles autores¹⁴¹ que consideram ser ainda vítima de violência doméstica não apenas a pessoa concretamente visada pela conduta do agente, mas também as que sofrem com a ação delituosa, como é o caso das crianças¹⁴².

¹³⁶ Do Relatório Anual de Segurança Interna de 2017 podemos concluir que a maior parte dos episódios de violência doméstica (cerca de 72%) ocorreu entre as 13:00h e as 24:00h, o nos parece traduzir-se numa acentuada probabilidade de crianças terem presenciado estas ocorrências.

¹³⁷ Sani & Cardoso, 2013, p. 2.

¹³⁸ Vide Ac. do TRG de 03/03/2014, proc. n.º 1396/12.7GBBCL.G1.

¹³⁹ Contudo, não exigindo o tipo legal de violência doméstica que a conduta consubstancie um mau trato físico, abrangendo igualmente a ofensa psíquica, cremos que a criança que presencie atos violentos perpetrados noutra pessoa será, tal como esta, vítima direta.

¹⁴⁰ Sani & Cardoso, 2013, pp. 2-3.

¹⁴¹ Almeida, 2016, p. 200.

¹⁴² Atente-se que, considerando-se como consideramos que a criança é também vítima do crime de que tratamos, idealmente seria de considerar a existência de um concurso de crimes entre o crime de violência doméstica perpetrada contra o cônjuge-progenitor e outro perpetrado contra o filho. Porém, note-se que a nossa lei, no n.º 2 do art. 152º do CP, prevê um agravamento da pena caso o crime seja praticado na presença de menor, levando-nos a crer que não se terá considerado, como nos pareceria mais correto, que aquele seja vítima, pelo que, a aceitar-se a existência de concurso, o melhor seria dar-se uma alteração legal nesse sentido.

Bastante evidente é o regime diverso quanto à sua aplicação, pois, observando o texto legal, vemos que, por um lado, se emprega a expressão “É condenado (...)”¹⁴³ e, por outro, apenas se diz que “(...) pode (...) ser inibido (...)”¹⁴⁴. Assim, conclui-se, respetivamente, que a inibição do exercício das responsabilidades parentais assume um carácter obrigatório¹⁴⁵ nos crimes de índole sexual, tornando-se, porém, facultativa no crime de violência doméstica.

Cabe-nos ainda referir a discrepância entre a medida que a pena acessória de que tratamos pode assumir nos diferentes âmbitos. No âmbito dos crimes sexuais, a alteração legislativa de 2015 aumentou o limite mínimo de dois para cinco anos e abandonou o limite de quinze anos, prevendo-se agora uma duração máxima de vinte anos. Porém, atentando ao preceituado no art. 152º, n.º 6, reparamos que o legislador o manteve intacto desde a sua introdução, fazendo permanecer os limites legais de um a dez anos, ou seja, menos de metade no caso do limite mínimo e metade no caso do limite máximo previsto para os crimes sexuais.

O exposto nos dois últimos parágrafos permite-nos concluir que a opção do legislador foi por uma maior rigidez de regime desta pena acessória nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, em face da sua possível aplicação no contexto de violência familiar. Cremos que, em ambas as situações, o que se destaca é, na verdade, a relação de proximidade entre os envolvidos, que faz com que, de um lado, se estabeleça uma obrigação de proteção e, do outro, uma expectativa de ser protegido, expectativa essa que sairá, em ambas as situações, gravemente frustrada e que abalará a estabilidade e o equilíbrio emocional de que a criança necessita para crescer saudavelmente. Destarte, discordamos de determinadas dissemelhanças de regime que referimos anteriormente.

Em primeiro lugar, questionamo-nos se estará justificada a diferença que se verifica manifestada no carácter meramente facultativo da pena acessória de inibição do exercício das responsabilidades parentais quando prevista no âmbito do crime de violência doméstica. Conforme o que já foi dito nesta exposição, os pais só poderão ser separados dos seus filhos quando incumprirem grave e culposamente os seus deveres para com eles, de tal forma que o interesse do menor imponha uma restrição ou inibição do exercício dos direitos e deveres decorrentes do vínculo paterno-filial. Parece-nos que, se se reconhece, e bem, que a conduta do progenitor que pratique um ato sexual de relevo, tal como, por exemplo, apalpar as coxas ou os seios do seu descendente, justifica a previsão de obrigatoriedade de inibição das responsabilidades parentais, cremos que não deve assumir-se uma cultura de tolerância ou de maior aceitação social de atos

¹⁴³ Art. 69º-C, n.º 3 do CP.

¹⁴⁴ Art. 152º, n.º 6 do CP.

¹⁴⁵ Recorde-se os problemas levantados por esta redação face ao conhecido princípio da não automaticidade dos efeitos das penas já abordado no anterior subcapítulo 5.1.

psíquica ou fisicamente agressivos por parte de progenitores, pois em ambos os casos os pais-agressores estarão a atestar a sua incapacidade para a parentalidade, de forma temporária ou não. Isentando-nos de graduações quanto à gravidade das condutas, juízo esse que apenas se poderá fazer face a dados concretos, somos no entanto capazes de afirmar que, abstratamente, quer num caso quer noutro ficará prejudicado o desenvolvimento harmonioso do menor se nada se alterar, mesmo que transitoriamente, nas suas relações com o progenitor-agente. Deste modo, defendemos uma alteração do texto legal, pois entendemos que, tendo sido provados factos que comprovem a prática de atos de violência parental, estará sempre justificada a aplicação da pena acessória de inibição do exercício das responsabilidades parentais, e só dessa forma, isto é, sem deixar nas mãos do mero subjetivismo de cada julgador, em cada caso, se acautelará o interesse dos menores.

Contudo, a consagração da obrigatoriedade de aplicação daquela pena acessória suscitará, tal como acontece no âmbito dos crimes de índole sexual, as maiores reservas quanto à compatibilização do texto legal com a ordem constitucional. Como já tivemos oportunidade de expor, está constitucionalmente sedimentado o princípio da proibição do efeito automático das penas, isto é, nenhuma pena pode envolver, sem a análise da sua necessidade, a perda de direitos, de que são exemplo os direitos decorrentes da parentalidade. Aquilo que propomos no âmbito do crime de violência parental é, como já sucede no âmbito dos crimes sexuais, deixar para o julgador somente a graduação desta pena acessória, uma vez que à condenação naquele crime seguir-se-á, inevitavelmente, ainda que de forma temporária, a privação do exercício das responsabilidades parentais. Acompanhando alguma doutrina¹⁴⁶, entendemos que esta solução não se traduzirá numa violação do texto constitucional, pois o julgador terá sempre interferência, na medida da pena acessória em que o agente será condenado. Se é verdade que relativamente ao mínimo legal de um ano o julgador não terá qualquer intervenção, sabendo o agente de antemão que ficará privado do exercício das responsabilidades parentais pelo menos durante esse tempo, verdade é também que a nossa Constituição pretende que a parentalidade seja exercida pelos progenitores de acordo com o superior interesse da criança, pois só assim se conseguirá proteger verdadeiramente o menor. Além disso, cremos ser de aplicar ao caso de que tratamos, por identidade de razão, a jurisprudência que tem sido firmada unanimemente pelo Tribunal Constitucional¹⁴⁷ no sentido de que a nossa Constituição, no art. 30º, n.º 4, tem como fim a proibição de produção de efeitos *ope legis*, em resultado de certas condenações, que envolvam perda de direitos, o que em todo o caso não sucederá quando

¹⁴⁶ Albuquerque, 2015, p. 355. Porém, contra, Antunes, 2017, p. 36.

¹⁴⁷ Vide Ac. do TC 53/97, proc. n.º 379/96 e Ac. 53/2011, proc. n.º 528/10.

em face de uma condenação penal se siga uma privação temporária de um direito, graduada pelo juiz, segundo a culpa do agente e a ponderação dos demais critérios do artigo 71º do CP, realizada casuisticamente pelo juiz.

Debatemo-nos, ainda, com a diferença de moldura penal que esta pena acessória assume nos dois âmbitos e para a qual não encontramos fundamentação. A prática de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual por parte dos progenitores contra os filhos consubstancia indubitavelmente uma violação grave das suas obrigações¹⁴⁸, mas, como já referimos, entendemos que não deixará de o ser quando um progenitor agride brutalmente um filho, criando-lhe mal-estar físico e perturbações psíquicas, contrariando de forma grosseira as suas obrigações de zelo. Com isto pretendemos traduzir a nossa opinião de que as molduras penais, em ambos os casos, deveriam ser equiparadas ou, pelo menos, aproximadas. Questão distinta é saber qual das molduras penais se adequará mais a estes casos de violação grave dos deveres parentais.

O limite mínimo de um ano previsto para a inibição do exercício das responsabilidades parentais no caso de violência doméstica parece-nos ser adequado também no caso de ofensas sexuais entre progenitores e os seus filhos. O limite de cinco anos previsto para os casos de ofensas sexuais impedirá que o julgador adeque a medida desta pena ao resultado da sua ponderação dos critérios de culpa e necessidades de prevenção¹⁴⁹, que poderão ser muito diversas considerando o caso concreto e o crime sexual praticado¹⁵⁰.

Ainda na vigência do agora revogado art. 179º, alguma doutrina¹⁵¹ entendia que o então limite máximo de quinze anos era manifestamente excessivo, pois poderia significar a condenação numa pena perpétua nos casos em que a inibição fosse aplicada relativamente a um menor que estivesse perto de atingir a maioridade; porém, não nos parece um limite infundado. Contudo, parece-nos que o atual limite máximo previsto para os casos de crimes sexuais poderia ser reduzido e, nas situações de violência parental, aumentado, fixando-se em ambos os casos nos dezoito anos. Desta forma, permitir-se-ia que, se o caso concreto o exigir, o progenitor-agente não exerça mais estas responsabilidades até que o menor atinja a maioridade, momento em que o exercício das mesmas cessará. Ainda que se possa dizer que esta última ideia contrariará o disposto no art. 30º, n.º 1 da CRP, que proíbe a condenação do agente numa pena perpétua, sempre nos parecerá que a ordem constitucional fará prevalecer, sobre esse direito do agente, o direito do seu descendente e sua vítima de crescer e de se desenvolver de forma

¹⁴⁸ Lopes & Milheiro, 2015, p. 231.

¹⁴⁹ Lopes & Milheiro, 2015, p. 230.

¹⁵⁰ Note-se que o art. 69º-C, n.º 3 do CP remete o seu âmbito de aplicação quando se verifique a prática de algum dos crimes previstos nos arts. 163º a 176º-A, o que significa que poderá estar em causa uma violação ou uma importunação sexual.

¹⁵¹ Antunes, 2012, p. 903.

harmoniosa. Note-se que, como já tivemos oportunidade de referir anteriormente, sem dúvida que os pais assumem na vida dos seus filhos um papel primordial na sua educação e preparação para a vida adulta, mas esqueçamos nunca que as responsabilidades parentais existem e são exercidas no interesse do menor, e este será sempre o critério que irá ditar o modo de exercício, a imposição e a duração da limitação ou inibição das responsabilidades parentais do agente¹⁵².

Entendemos que a moldura penal desta pena acessória deve compreender um espectro temporal bastante amplo, pois se defendemos a obrigatoriedade de condenação nesta pena acessória, a intervenção do julgador circunscrever-se-á à medida da pena e, por isso, deverá dar-se àquele uma larga margem de apreciação de modo a que seja possível atingir uma medida concreta da pena que satisfaça, em cada caso, as necessidades reclamadas.

5.3. As diferenças quanto à inibição do exercício das responsabilidades parentais no âmbito do direito civil

Recordando o que já foi dito anteriormente, aos pais, de acordo com a lei constitucional¹⁵³, é reconhecido o direito fundamental de manter os seus filhos junto de si, assumindo o corresponsável dever de assegurar a educação, saúde e segurança destes, só podendo aquela relação ser quebrada quando as referidas obrigações fundamentais não forem cumpridas.

Assim, da leitura da lei civil¹⁵⁴ resulta que, infringidos grave e culposamente os deveres dos pais em relação aos seus filhos, serão aqueles impedidos de exercer as responsabilidades parentais até que se voltem a reunir as condições necessárias para o exercício da parentalidade.

No âmbito penal, os pais serão privados da relação com os seus filhos quando pratiquem contra estes ilícitos de natureza sexual¹⁵⁵, e poderão sê-lo quando os atos praticados consubstanciem o crime de violência doméstica¹⁵⁶.

Da leitura e análise conjugada de todos os preceitos referidos é possível concluir que nos encontramos perante um problema de compatibilização entre os diferentes ramos do direito. A definitividade que marca a decisão penal transitada em julgado no sentido da condenação do agente naquela pena acessória, para além de colidir com a

¹⁵² Antunes, 2017, p. 36, entende, porém, que os limites hoje consagrados quer no art. 69º-C, quer no art. 152º, n.º 6 são bastante elevados, argumentando que “É de recear que tais limites sejam significativos de uma utilização destas sanções que já não se enquadre propriamente na sua justificação político-criminal, parecendo resvalar antes para o âmbito dos indesejáveis efeitos estigmatizantes das penas”.

¹⁵³ Art. 36º, n.º 5 e n.º 6 da CRP.

¹⁵⁴ Arts. 1915º, n.º 1 e 1916º, n.º 1 do CC.

¹⁵⁵ Art. 69º-C, n.º 3 do CP.

¹⁵⁶ Art. 152º, n.º 6 do CP.

flexibilidade do direito civil que consente o levantamento da referida inibição, cessadas as causas de origem da mesma, permite afirmar, por impedir a recuperação dos laços da parentalidade, quando isso se demonstre de acordo com o interesse da criança, que esta norma está ferida de inconstitucionalidade.

Como já tivemos oportunidade de referir, a condenação do agente na inibição do exercício das responsabilidades parentais é essencial para que o seu filho, que foi vítima de atos de extrema violência, possa, num primeiro momento, continuar a desenvolver-se de forma harmoniosa e saudável. Contudo, isto não significa que defendamos que, em todos os casos, seja de afirmar que este afastamento se justifique até ao fim do tempo de duração da pena fixado pelo julgador. Cremos que, embora talvez pouco frequentes, existirão casos em que o progenitor, ainda antes do término da pena, acabe por recuperar as suas capacidades para ser um bom cidadão e um bom pai. São estes os casos que exigem da nossa lei uma resposta e, por isso, o que nos propomos nas reflexões seguintes é questionar se o nosso ordenamento jurídico prevê alguma possibilidade de contornar o problema, pois só assim se poderá alcançar o fim último da norma: a salvaguarda do superior interesse da criança.

Uma das possíveis soluções seria recorrer à aplicação analógica da lei civil, nomeadamente do artigo 1916º do CC. Assim, uma vez condenado na pena acessória de inibição do exercício das responsabilidades parentais, por pedido próprio ou do MP e apenas após um ano sobre o trânsito em julgado da decisão de condenação ou de outro pedido de levantamento indeferido, o agente poderia recuperar os direitos e deveres decorrentes da parentalidade, se essa restauração satisfizesse o superior interesse daquela criança. Porém, para que esteja legitimado o recurso à analogia, será necessário afirmar que entre os casos em apreço existe “um conflito de interesses paralelo (...) de modo a que o critério valorativo adotado pelo legislador para compor esse conflito de interesses num dos casos seja por igual ou maioria de razão aplicável ao outro”¹⁵⁷. Não nos questionamos acerca da similitude das situações, pois quer no direito civil, quer no direito penal estamos perante a violação grave e culposa de deveres fundamentais dos pais em relação à pessoa dos filhos, o que justifica que a consequência dessa falta seja a inibição das responsabilidades parentais. Ora, como sabemos, o recurso à analogia justifica-se por razões de coerência normativa ou de justiça relativa, isto é, casos semelhantes reclamam um tratamento semelhante. Contudo, como é consabido, a analogia, em direito penal, seja para qualificar um facto como crime, definir um estado de perigosidade ou determinar a pena ou medida de segurança que lhe corresponde, está, por princípio, vedada¹⁵⁸. Deste modo, a vinculação do intérprete ao tipo legal é, neste

¹⁵⁷ Machado, 2006, p. 202.

¹⁵⁸ Art. 29º, n.º 1 e n.º 3 da CRP.

ramo do direito, a regra. Todavia, o que foi dito vale apenas nos casos em que a interpretação analógica prejudique o agente¹⁵⁹, o que não se verifica ao possibilitar-se o levantamento da inibição do exercício das responsabilidades parentais, abrindo-se portas, dessa forma, ao renascimento do pleno exercício das responsabilidades parentais pelo progenitor com o seu filho.

Pese embora a viabilidade desta solução, poderá referir-se contra ela que a mesma violará a garantia do caso julgado, que assegura que “Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime”¹⁶⁰. No entanto, concordamos com aqueles¹⁶¹ que entendem que o princípio constitucional do *ne bis in idem* tem como intento proteger o condenado da ação punitiva do Estado, nomeadamente de atos que este possa praticar e que se revelem prejudiciais, nos quais certamente não caberá a eventual revogação da pena anteriormente aplicada. Acresce que, sendo certo que na lei civil se prevê um caso materialmente semelhante ao caso *sub judice*, a verdade é que o art. 4º do CPP impõe que, perante uma necessidade de integração de lacunas, deverá recorrer-se primeiramente às disposições do mesmo diploma e na insuficiência ou inexistência destas é que se deverão aplicar as normas, nomeadamente do direito processual civil. Retira-se assim que o legislador confere, em caso de necessidade de resolução de casos omissos, primazia às normas e princípios gerais previstos no mesmo ramo do direito. Além disso, não esqueçamos que o instituto da inibição das responsabilidades parentais visa, no direito civil, a proteção do menor; porém, quando a referida inibição é prevista no direito penal enquanto pena acessória, além da proteção da criança não podemos descurar que, como verdadeira pena que é, comunga dos mesmos fins que as penas principais, tendo, por isso, de se considerar as necessidades de prevenção geral e especial e, claro, o princípio da culpa como limite. Poderia dar-se o caso de que, por exemplo, as necessidades de prevenção geral exigidas na situação concreta justificassem um tempo de inibição do exercício das responsabilidades parentais superior ao reclamado para que o agente se encontrasse novamente reabilitado a exercer as referidas responsabilidades, cumprindo-se assim o interesse do menor.

Face aos problemas levantados anteriormente, outro dos caminhos possíveis seria encarar esta inibição do exercício das responsabilidades parentais não como pena acessória, mas classificando-a como medida de segurança. Destarte, passaria a ser possível a sua extinção por aplicação do disposto no art. 103º do CP. Porém, a questão que se coloca é saber se o fundamento e os princípios a que está sujeita a aplicação de uma medida de segurança permitem que a inibição do exercício das responsabilidades

¹⁵⁹ Garcia, 2012, p. 71.

¹⁶⁰ Art. 29º, n.º 5 da CRP.

¹⁶¹ Carvalho, 2010, p. 675.

parentais passe a integrar este tipo de consequências jurídicas do crime. Como é consabido, o pressuposto e limite da aplicação de uma pena é a culpa. Por sua vez, as medidas de segurança assentam na perigosidade individual do delinquente. Contudo, isto não significa que as medidas de segurança se apliquem apenas a incapazes de culpa. Se é verdade que a sua consagração no ordenamento jurídico se justifica primacialmente quanto aos inimputáveis, menos não o será afirmar que, muitas das vezes, os princípios da culpa e o limite máximo da pena por via daquela alcançado poderão não ser suficientes para acorrer à especial perigosidade daquele agente¹⁶². Deste modo, as medidas de segurança são sobretudo orientadas por uma função de prevenção especial, isto é, de segurança e de socialização do agente¹⁶³. Torna-se, por isso, essencial a afirmação de uma especial perigosidade do agente enquanto “prognose (uma probabilidade) favorável a uma ‘reincidência’ específica”¹⁶⁴. Deste modo, para a aplicação de uma medida de segurança deve haver receio fundado de ocorrência, segundo as regras da experiência, de um determinado evento futuro que deverá consubstanciar um ilícito-típico grave ou relevante^{165 166}, medido pelo abalo social que o comportamento gerou e pela necessidade de estabilização das expectativas comunitárias na validade da norma violada¹⁶⁷. Resulta por isso que, aos princípios da subsidiariedade, proporcionalidade e jurisdicionalidade, que são também comuns às penas, acresce o princípio da perigosidade, que dita que, quando a perigosidade do agente já não persistir e se mantiver a medida de segurança, então, afirmar-se-á uma inconstitucionalidade por violação do princípio da preservação da dignidade pessoal¹⁶⁸.

Assim, sabendo que a perigosidade do agente é um estado que pode, nomeadamente através de tratamento, desaparecer, o nosso ordenamento jurídico prevê a obrigatoriedade de extinção da medida de segurança no art. 103º do CP. Por isso, determina a nossa lei penal que, logo que não subsistam mais os fundamentos em que se

¹⁶² Dias, 2012, p. 87.

¹⁶³ Dias, 2012, pp. 88-89 entende que “o propósito socializador deve, sempre que possível, prevalecer sobre a finalidade de segurança, como é imposto pelos princípios da socialidade e humanidade que dominam a constituição político-criminal do Estado de Direito contemporâneo; e, consequentemente a segurança só pode constituir finalidade autónoma da medida de segurança se e onde a socialização não se afigure possível”. Porém, refere o mesmo autor que tal afirmação não pode conduzir o intérprete à conclusão de que é a socialização do agente que justificaria a aplicação da medida de segurança, pois tal fundamento será “sempre e só a necessidade de prevenção da prática futura de factos ilícitos-típicos (e, nesta aceção, uma função de ‘segurança’ em sentido amplo)”.

¹⁶⁴ Carvalho, 2016, p.100.

¹⁶⁵ Art. 40º, n.º 3 do CP.

¹⁶⁶ Santos & Leal-Henriques, 2015, p. 375.

¹⁶⁷ Note-se que o art. 40º, n.º 1 do CP não diferencia, do ponto de vista das finalidades, as penas e medidas de segurança e, nesse sentido, Dias, 2012, pp. 92-93 entende que as medidas de segurança também desempenham, embora reflexamente, uma finalidade preventiva geral, dado que também elas servem a proteção de bens jurídicos, concorrendo dessa forma para a reafirmação das expectativas comunitárias. Do mesmo modo, Silva, 2010, p. 89 afirma que “A medida de segurança há de ser útil, quer sob a perspetiva e interesse social, como meio de combate à perigosidade, quer sob a perspetiva do interesse individual, como meio de recuperação da própria dignidade e liberdade interior do homem”.

¹⁶⁸ Dias, 1993, p. 440.

baseou a aplicação da medida de segurança, esta, a pedido do agente, deve cessar, desde que pelo menos tenha decorrido o período mínimo de garantia de que o agente poderá voltar à vida normal em comunidade sem que haja perigo de cometimento de novos factos. Porém, o mesmo preceito apenas permite que, em caso de indeferimento de pedido anterior, possa ser formulado novo pedido de extinção pelo interdito após um ano, de modo a evitar expedientes processuais e fundando-se na presunção de que decorrido tão escasso tempo sobre a recusa ainda subsistirão as razões em que se fundamentou o despacho de indeferimento¹⁶⁹.

Cremos que o que está em causa na inibição do exercício das responsabilidades parentais é, na verdade, o perigo que o agente representa para o filho e não tanto a punição pela sua culpa no facto. Um progenitor que agride violentamente um filho prejudicando o seu bem-estar e afetando as condições necessárias a um crescimento digno consubstanciará um perigo e, por isso, legitimará a existência de um receio fundado no cometimento de factos no futuro, o que justificará a referida inibição. Concordamos com aqueles¹⁷⁰ que entendem que este afastamento dos progenitores dos seus filhos tem como intento não uma punição adicional, mas sim uma consciencialização do agente da gravidade da sua conduta e, sobretudo, uma proteção especial do menor. Assim, tendo por base não só o pressuposto da perigosidade do agente, mas ainda a possibilidade de extinção da medida quando aquele pressuposto já não existir, permitindo-se dessa forma satisfazer o interesse do menor quando este for no sentido de que o seu progenitor, recuperado, volte a conviver consigo¹⁷¹ e a participar na sua educação, pensamos que talvez esta inibição se enquadre, mais corretamente, no regime das medidas de segurança. Em abono desta solução poderíamos ainda invocar o argumento literal, na medida em que o n.º 6 do art. 152º do CP, ao contrário do que

¹⁶⁹ Gonçalves, 2007, p. 416.

¹⁷⁰ Lopes & Milheiro, 2015, p. 226, embora se refiram os autores aos crimes sexuais contra crianças. Parecem, porém, que, por identidade de razão, valerá a mesma ideia para os casos de violência doméstica. Diferentemente, Antunes, 2012, p. 902; Albuquerque, 2015, p. 343.

¹⁷¹ Tivemos já oportunidade de referir que um progenitor agressor direto ou que sujeita o menor a quem lhe cabe cuidar e assistir a atos agressivos contra o outro progenitor é culpado por ameaçar os sentimentos de estabilidade e segurança que a criança deve ter em relação à família e, portanto, deve ser distanciado desta. Esse afastamento pode ocorrer quer no sentido de ficar interdito de tomar posição relativamente a questões da vida do menor, diga-se, inibido do exercício das responsabilidades parentais, quer no sentido de ficar proibido de manter contactos com o filho-vítima. Pese embora sabendo que não constitui o cerne do presente estudo, mas sendo nosso desígnio colocar em evidência as principais preocupações relativas à salvaguarda do superior interesse da criança quando confrontada com atentados violentos por parte dos progenitores, não poderíamos negar que também com a pena acessória de proibição de contactos com a vítima, prevista no n.º 4 do art. 152º, se coloca um problema semelhante, dado que, como pena que é, terá, como vimos, de ser cumprida durante todo o tempo determinado pelo juiz. Ora, se se reconhece que é essencial crescer num ambiente no qual pai e mãe estejam presentes e ofereçam apoio incondicional, conforto e proteção, e tendo a criança a sorte de ter progenitores que reúnam as condições para satisfazer esses desígnios, embora outrora possam ter perdido tais capacidades, mas que depois recuperaram, continuar a proibi-la desse convívio significará impossibilitar-lhe um modelo de crescimento saudável, com uma base estrutural para que se torne um adulto emocionalmente estável e seguro. Assim, arriscaríamos dizer que a impossibilidade de levantamento da pena acessória de proibição de contactos quando a vítima é o filho menor e tenha já cessado a situação de perigo para o menor que, em tempos, o progenitor possa ter representado, coloca, dado o regime legal em vigor, tantos ou até mais entraves à plena realização do interesse superior da criança.

acontece nos números antecedentes, não refere expressamente que esta inibição seja uma pena acessória, o que suscitará interpretações diversas, entre as quais a de que o legislador admite que a sua natureza jurídica seja distinta. Todavia, tal pensamento sempre colidiria com o facto de, no âmbito dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, a mesma inibição assumir expressamente a natureza de pena acessória¹⁷², sendo que, entendendo de forma diferente, cremos que se criaria uma incompatibilidade dentro do sistema. Acresce que nem sempre foi isenta de dúvidas a questão de saber qual a sua natureza jurídica, na medida em que, as penas acessórias, não tendo tido sempre limites de duração definidos, tal significava que a culpa não teria qualquer intervenção e, portanto, não poderiam ser consideradas verdadeiras penas. Quando muito, seriam medidas de segurança. Contudo, hoje em dia, a moldura penal passou a estar consagrada e, portanto, a sua qualificação como verdadeiras penas passa, também por isso, a ser inquestionável.

Do exposto somos levados a concluir que, hoje, ainda não contamos com uma solução para obstar a que a criança fique privada, mais do que o tempo necessário, do seu progenitor outrora delinquente, mas agora totalmente reabilitado e consciente quanto às suas responsabilidades parentais. Tomemos como demonstração da máxima importância que esta questão assume na vida da criança e também do progenitor o exemplo já estudado na doutrina¹⁷³: “Imagine-se, em tese, que um progenitor toxicodependente tenha infligido maus tratos graves a um filho de dezoito meses. A ponderação concreta das circunstâncias do caso vem a determinar que se aplique uma pena de prisão efetiva de dois anos e a inibição das responsabilidades parentais por quatro anos. O progenitor acaba por frequentar com sucesso um programa de desintoxicação que o reabilita a 100% enquanto cidadão e pai. Imagine-se, mais uma vez, que a criança não tem memórias das agressões e que os psicólogos consideram benéfico para a criança a reunião familiar”. Queremos crer que a gravidade do facto, o juízo de prognose quanto às exigências de prevenção e, sobretudo, a consideração do interesse da criança serão apreciados pelo julgador, que acreditamos ser prudente, levando-o à condenação mais assertiva para cada caso. Mas o que fazer quando, imprevisivelmente, somos confrontados com uma feliz alteração superveniente das circunstâncias que faz com que a solução, que embora à data dos factos fosse a mais correta, hoje se demonstre altamente contrária ao interesse daquela criança? O nosso ordenamento jurídico não tem resposta, o que para nós significa permitir-se, ainda que de forma omissiva, um desrespeito pelos direitos do progenitor enquanto tal e um desinteresse pelo

¹⁷² Relembre-se que o art. 69º-C do CP se encontra inserido no Capítulo III, intitulado “Penas Acessórias e efeitos das penas”.

¹⁷³ Ferreira, 2018, p. 8.

desenvolvimento saudável daquela criança que precisará de tudo, exceto de uma revitimação resultante da existência de um bom progenitor que, contudo, não pode exercer as suas responsabilidades parentais¹⁷⁴.

Não nos coibindo de reforçar esta ideia uma vez mais, tenha-se presente que o direito dos pais à educação e manutenção dos seus filhos, bem como a inseparabilidade dos filhos dos seus pais, são direitos fundamentais que só devem ser limitados ou restringidos durante o tempo estritamente indispensável, isto é, apenas enquanto os pais, uma vez violadores dos deveres decorrentes da parentalidade, não se encontrem ainda em condições de os cumprir. Porém, tivemos já oportunidade de constatar que a nossa lei penal, no art. 152º, n.º 6, não evita que a inibição do exercício das responsabilidades parentais se mantenha mesmo que os factos que a justificaram tenham cessado, o que mais não será do que a permissão de vigência de uma norma inconstitucional por violação dos números 5 e 6 do artigo 36º da CRP.

Acreditamos que um pai agressor pode, a todo o tempo, reabilitar-se e consciencializar-se dos seus atos, e, por isso, uma vez verificada a adesão interior do progenitor à importância do respeito pelo filho e da relevância dos direitos e deveres decorrentes do vínculo paterno-filial, deve permitir-se que o critério do superior interesse da criança tenha o espaço necessário para atuar como verdadeiro decisor quanto ao restabelecimento, ou não, dos laços e responsabilidades parentais¹⁷⁵. Realce-se que, embora o “superior interesse da criança” seja um conceito cultural, intimamente ligado ao pensamento vigente em cada sociedade sobre a pessoa do menor e as condições necessárias para alcançar o seu bem-estar, pensamos que será sempre de afirmar que toda a criança, durante o seu desenvolvimento, tem necessidade de manter o contacto com ambos os pais, ainda que essa relação tenha sido quebrada em algum momento, desde que a relação possa ser recuperada. Assim, constatando-se alguma alteração na postura assumida pelo progenitor condenado quanto ao seu papel como cidadão e, sobretudo, como pai, deve o juiz poder, ainda antes do fim da pena, ponderar as necessidades da criança, sejam elas afetivas, emocionais, educacionais ou sociológicas, bem como avaliar se essa mudança tornou o progenitor efetivamente capaz de satisfazer aquelas carências do menor.

¹⁷⁴ Semelhante problema ocorre, como já tivemos oportunidade de referir, quanto à pena acessória de proibição de contactos com a vítima. *Vide* nota de rodapé n.º 170.

¹⁷⁵ Reafirmando a possibilidade de reabilitação para a parentalidade, refere Alarcão, 2014, p. 80: “Quando a figura de vinculação tem crítica sobre o seu comportamento, quando mostra (alguma) disponibilidade e capacidade de mudança, quando evidencia claros sinais de responsividade e alguns comportamentos funcionais, quando consegue aproveitar positivamente a ajuda que lhe é dada pela rede secundária e/ou pela rede primária, então o potencial é imenso e a situação de risco pode ser alterada desde que haja um real entendimento e cooperação entre as figuras parentais e os profissionais sobre o que e como tem que ser mudado. Se a situação é de perigo, a retirada deve ser equacionada como um tempo de reorganização, e não como um castigo, pois o potencial de mudança parece ser muito grande”.

Embora ocupando um papel central nestas questões relativas a menores, a verdade é que o critério do superior interesse da criança não está – a nosso ver erradamente – previsto de forma explícita na lei penal. Acresce que, sendo um conceito de difícil interpretação e por isso vulnerável ao subjetivismo, poderá resultar num eventual prejuízo para a criança e enfraquecimento da sua proteção. Se assim é, urge criar uma solução para este entrave da nossa lei que nos impede que tal interesse seja alcançado em todos os casos que o reclamem. Assim, e ainda que não se possa, pelos motivos expostos anteriormente, interpretar esta inibição enquanto medida de segurança, sempre se poderá optar por recorrer à mera aplicação analógica do art. 103º, mantendo-se a sua qualificação como pena acessória¹⁷⁶. Em abono desta solução valem os argumentos invocados anteriormente quanto à aplicação analógica da lei civil, nomeadamente o facto de desta forma nos socorrermos de uma norma dentro do mesmo ramo de direito, satisfazendo-se o fim do art. 4º do CPP, e de sempre se tratar de uma analogia *in bonam partem*.

No entanto, propomos a seguinte redação para o n.º 6 do art. 152º do CP: “Quem for condenado por crime previsto neste artigo é inibido do exercício das responsabilidades parentais, da tutela ou da curatela, de 1 a 18 anos¹⁷⁷, consoante a concreta gravidade do facto e a sua conexão com a função exercida pelo agente, ressaltando-se o disposto no artigo 103º da presente lei e atendendo-se ao superior interesse da criança”.

Conclusões

As crianças têm direito a crescer com o amor dos seus pais, o que, na realidade, nem sempre acontece. Hoje em dia, as situações de violência familiar são cada vez mais frequentes, exigindo uma concertação de esforços entre as mais diversas entidades de forma a prevenir-se este flagelo. Neste sentido, deve o Estado intervir tomando opções legislativas que possibilitem a efetiva reabilitação do agente e ainda a proteção e recuperação das vítimas destes atos violentos, em especial das crianças, que devem, ainda, poder contar com um crescimento harmonioso e feliz.

Verificámos que a nossa lei fundamental prevê a proteção da instituição familiar e, em particular, uma salvaguarda dos direitos dos pais a exercerem a parentalidade, respeitando-se a privacidade do lar. Contudo, protege as crianças, reconhecendo-lhes direitos próprios, tendo em conta a sua individualidade e interesse.

¹⁷⁶ No mesmo sentido, Ferreira, 2018, p. 10.

¹⁷⁷ Altera-se a lei também no sentido da obrigatoriedade da condenação, bem como a moldura penal aplicável, de acordo com o defendido no subcapítulo 5.2.

Em consonância, apurámos que, no plano civil, o legislador demonstra a efetiva consciência de que as responsabilidades parentais são verdadeiros mecanismos que, embora nas mãos dos pais, servem a proteção e amparo dos filhos, e não a satisfação daqueles. Assim, a par da preocupação de responsabilizar os pais pelos seus atos lesivos do interesse dos filhos, é de aplaudir a consciencialização de que a inibição das responsabilidades parentais pode deixar de justificar-se e, consequentemente, a recuperação do exercício pleno das mesmas pelo progenitor já reabilitado pode ser, em muitos casos, uma mais-valia para um crescimento saudável e equilibrado da criança.

Porém, no direito penal, verificámos existir, ainda, algum caminho a percorrer, sobretudo em prol das crianças e do seu interesse. Se é louvável a intervenção do legislador com a criação desta pena acessória para a proteção máxima da criança, cremos, contudo, que, em alguns pontos do regime, acabou por dar-se mais relevo à punição do agente do que ao interesse da vítima, neste caso, o menor. Como é consabido, as crianças são seres ainda em formação, altamente vulneráveis ao que as rodeia e, nesse sentido, impende sobre o legislador a tomada de consciência de que não pode subvalorizar os atos de violência parental face a outros atos de violência, como sejam os já referidos atos de índole sexual. Urge adotar um regime mais protecionista do menor, mas que, contudo, não deixe de acreditar na recuperação do agente da sua qualidade de bom progenitor. Concluímos, por isso, que deve agora refletir-se sobre uma alteração de regime que demonstre a crença na reabilitação do agente e que se paute pelo objetivo da sua reintegração não só na sociedade em geral, mas sobretudo nas relações familiares, o que pode ser mais premente quando ditado pelo superior interesse do menor. Pensamos que dar eficácia à proteção da criança implica também atender ao seu interesse ao longo dos tempos, e não deixá-la esquecida e pensar que o seu interesse fica satisfeito com a mera aplicação de uma pena ao agente. Tal pensamento seria a defesa de uma proteção do interesse quer do progenitor, quer do filho de forma meramente camuflada e, por isso, inconstitucional, dado que se bastaria com a aplicação de uma pena acessória que não permite a adaptação à possível evolução e esforço do agente no sentido de vir a ser um bom progenitor, nem à eventual carência do menor do cuidado parental para que possa crescer em equilíbrio.

Por fim, gostaríamos de dizer que o nosso trabalho de reflexão nos permitiu, ainda, formar a convicção de que o critério do superior interesse da criança deveria ter consagração expressa no direito penal, tal como no direito civil, de modo a aumentar-se a qualidade das decisões judiciais penais no que diz respeito aos menores.

Esperamos que as nossas modestas reflexões sejam, a par de tantas outras, mais uma porta aberta para que, no futuro, se possam alcançar soluções que permitam satisfazer, plenamente, o superior interesse da criança.

Bibliografia

ALARCÃO, M. (2014). A tutela cível do superior interesse da criança, Tomo III, pp. 67-100. In AA.VV. *A importância das relações afetivas da criança no desenvolvimento da sua personalidade*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.

ALBUQUERQUE, P. P. (2015). *Comentário ao Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.^a Edição. Lisboa: Universidade Católica Editora.

ALMEIDA, M. T. F. (2016). Combate à violência de género: Da Convenção de Istambul à nova legislação penal, pp. 185-209. In AA.VV. *O crime de violência doméstica: O antes e o depois da Convenção de Istambul*. Porto: Universidade Católica Editora.

ANTUNES, M. J. (2010-2011). *Consequências jurídicas do crime*. Coimbra.

ANTUNES, M. J. (2012). Artigo 179.^o. In AA.VV. *Comentário conimbricense do Código Penal parte especial*, Tomo I, pp. 900-903. Coimbra: Coimbra Editora.

ANTUNES, M. J. (2017). *Penas e medidas de segurança*. Coimbra: Almedina.

ASCENSÃO, J. O. (2002). *Direito civil teoria geral: Relações e situações jurídicas*, volume III. Coimbra: Coimbra Editora.

BRANDÃO, N. (2010). A tutela penal especial reforçada da violência doméstica. *Revista Julgar*, n.º 12, pp. 9-24.

BOLIEIRO, H. & GUERRA, P. (2014). *A criança e a família: Uma questão de direito(s), visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens*, 2.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

CAMPOS, D. L. (2008). *Lições de direito da família e das sucessões*, 2.^a Edição revista e atualizada. Coimbra: Almedina.

CANOTILHO, J. G & MOREIRA, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa anotada*, 4.^a Edição revista. Coimbra: Coimbra Editora.

CARDOSO, C. (2012, Maio). A violência doméstica e as penas acessórias. *Universidade Católica Portuguesa*. Retirado de: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/9686/1/Tese%20mestrado%20%20A%20Viol%C3%Aancia%20dom%C3%A9stica%20e%20as%20penas%20acess%C3%B3rias.pdf>.

CARVALHO, A. T. (2010). Artigo 29.^o. In AA.VV. *Constituição Portuguesa anotada*, Tomo I, 2.^a Edição, pp. 667-676. Coimbra: Coimbra Editora.

CARVALHO, A. T. (2012). Artigo 152.^o. In AA.VV. *Comentário conimbricense do Código Penal parte especial*, Tomo I, pp. 506-533. Coimbra: Coimbra Editora.

CARVALHO, A. T. (2016). *Direito penal parte geral: Questões fundamentais da teoria geral do crime*, 3.^a Edição. Porto: Universidade Católica Editora.

COSTA, M. M. (2016). O direito do filho a manter uma relação de grande proximidade com ambos os progenitores. *Universidade Católica Portuguesa*. Retirado de: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/20621/1/O%20Direito%20do%20Filho%20a%20Manter%20uma%20Rela%C3%A7%C3%A3o%20de%20Grande%20Proximidade%20com%20Ambos%20os%20Progenitores.pdf>.

CUNHA, D. (2010). Artigo 30º. In AA.VV. *Constituição Portuguesa anotada*, Tomo I, 2.^a Edição, pp. 677-691. Coimbra: Coimbra Editora.

Dias, C. (2008). A criança como sujeito de direitos e o poder de correção. *Revista Julgar*, n.º 4, pp. 87-101.

DIAS, J. F. (1993). *Direito penal português parte geral II: As consequências jurídicas do crime*. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias.

DIAS, J. F. (2012). *Direito penal parte geral: Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, 2.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

FARIA, P. R. (2012). Artigo 143º. In AA.VV. *Comentário conimbricense do Código Penal parte especial*, Tomo I, pp. 298-337. Coimbra: Coimbra Editora.

FAZENDA, M. H. (2014). A tutela cível do superior interesse da criança, Tomo I, pp. 509-598. In AA.VV. *Questões relevantes no âmbito da regulação do exercício das responsabilidades parentais*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.

FEITOR, S. (2012). Análise crítica do crime de violência doméstica. *Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*. Retirado de: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/5951.pdf>.

FERNANDES, C. (2016). Violência doméstica: implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenómeno, pp. 88-106. In AA.VV. *O crime de violência doméstica*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.

FERREIRA, M. E. (2016). *Violência parental e intervenção do estado: A questão à luz do direito português*. Porto: Universidade Católica Editora.

FERREIRA, M. E. (2017). Crítica ao pseudo pressuposto da intensidade no tipo legal de violência doméstica: Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de janeiro de 2013, proferido no âmbito do processo n.º 1354/10.6TDLSB.L1-5. *Revista Julgar*. Retirado de: <http://julgar.pt/critica-ao-pseudo-pressuposto-da-intensidade-no-tipo-legal-de-violencia-domestica/>.

FERREIRA, M. E. (2018). As penas aplicáveis aos pais no âmbito do crime de violência doméstica e a tutela do superior interesse da criança. *Revista Julgar*. Retirado de: <http://julgar.pt/as-penas-aplicaveis-aos-pais-no-ambito-do-crime-de-violencia-domestica-e-a-tutela-do-superior-interesse-da-crianca/>.

FIALHO, J. A. (2013). Guia prático do divórcio e das responsabilidades parentais, 2.^a Edição, pp. 72-81. In AA.VV. *Exercício conjunto das responsabilidades parentais*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.

GARCIA, M. M. (2012). *O risco de comer uma sopa e outros casos de direito penal*, 2.^a Edição. Coimbra: Almedina.

GONÇALVES, M. M. (2007). *Código Penal Português anotado e comentado e legislação complementar*, 18.^a Edição. Coimbra: Almedina.

GOVERNO (2015). Exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 305/XII. *Debates Parlamentares*. Retirado de: <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/12/04/098/2015-03-19/42?pgs=42-56&org=PLC>.

GOVERNO (2018). Relatório Anual de Segurança Interna de 2017. *XXI Governo Constitucional*. Retirado de: <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=9fod7743-7d45-40f3-8cf2-e448600f3af6>.

LEITÃO, H. M. (2004). *Da ação de regulação do exercício do poder paternal, suspensão e inibição*, 5.^a Edição. Porto: Almeida & Leitão, Lda.

LEITE, A. L. (2010). A violência relacional íntima: Reflexões cruzadas entre o direito e a criminologia. *Revista Julgar*, 12, pp. 25-66.

LIMA, A. P. & VARELA, J. M. (1995). *Código Civil anotado*, vol. V. Coimbra: Coimbra Editora.

LOPES, J. M. & MILHEIRO, T. C. (2015). *Crimes sexuais: Análise substantiva e processual*. Coimbra: Coimbra Editora.

MACHADO, J. B. (2006). *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 15.^a reimpressão. Coimbra: Almedina.

ANDRADE, M., CANDAL, A., CARNEIRO, M. R., COSTA, M., FERTUZINHOS, S., GALAMBA, A., GAMBOA M. J., JUNQUEIRO J., MARTINS, A., MARTINS, D., MENDES, A. C. M., NUNES, H., PINHO, A., PRETO, R., RODRIGUES, R., SÁ, M., SANFONA, S., SANTOS P. N., STRECHT J. & TERRA, H. (10 abril 2008). Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 509/X. *Debates Parlamentares*. Retirado de: <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/10/03/081/2008-04-14/67?pgs=6779&org=PLC&plcdf=true>.

MEDEIROS, R. (2010). Artigo 67º. In AA.VV. *Constituição Portuguesa anotada*, Tomo I, 2.^a Edição, pp. 1356-1372. Coimbra: Coimbra Editora.

NETO, A. (2013). *Código Civil anotado*, 18.^a Edição revista e atualizada. Lisboa: Ediforum.

PERQUILHAS, M. (2016). Violência doméstica, implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenómeno, pp. 279-294. In AA.VV. *Divórcio e responsabilidades parentais*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.

PINHEIRO, J. D. (2013). *O direito da família contemporâneo: Lições*, 4.^a Edição. Lisboa: AAFDL.

PINTO, C. A. M. (2012). *Teoria geral do direito civil*, reimpressão da 4.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

RODRIGUES, H. M. L. (2011). *Questões de particular importância no exercício das responsabilidades parentais*. Coimbra: Coimbra Editora.

SANI, A. I. & CARDOSO, D. (2013, Maio). A exposição da criança à violência interparental: Uma violência que não é crime. *Revista Julgar*. Retirado de: <http://julgar.pt/a-exposicao-da-crianca-a-violencia-interparental/>.

SANTOS, M. S. & LEAL-HENRIQUES, M. (2015). *Código Penal anotado*, vol. II, 4.^a Edição. Lisboa: Rei dos Livros.

SILVA, G. M. (2010). *Direito penal português I parte geral: Introdução e teoria da lei penal*, 3.^a Edição. Lisboa: Verbo.

SIMÕES, S. (2015, Março). O crime de violência doméstica. *Universidade Católica Portuguesa*. Retirado de:
https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/18035/1/Tese%20Mestrado_final.pdf.

SOTTOMAYOR, M. C. (2014). *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, 6.^a Edição revista, aumentada e atualizada. Lisboa: Almedina.

O Direito Português e o Direito Espanhol
Perante o Crime de Terrorismo

Elsa Durães

Sob a orientação do Dr. Nuno Pinheiro Torres

“An eye for an eye makes the whole world blind”

Mahatma Gandhi

Agradecimentos

Em primeiro lugar, manifesto a minha gratidão ao Dr. Nuno Pinheiro Torres, da Universidade Católica Portuguesa, e à Dra. Mariona Llobet Anglí, por todo o apoio e acompanhamento durante toda a investigação na Universidad Pompeu Fabra, em Barcelona. Mostraram sempre total disponibilidade para me ajudarem nesta caminhada.

Agradeço à minha família, ao André e aos meus amigos, que estão sempre presentes.

Tenho a sorte de ter os melhores comigo.

Resumo

Este estudo visa conhecer melhor o fenómeno terrorismo, refletindo sobre a possível integração e julgamento no Tribunal Penal Internacional. Incidirá sobre o direito comparado entre dois países, o direito português e o direito espanhol, que apresentam várias dissemelhanças, quer nos ordenamentos jurídicos, quer no grau de ameaça e nos ataques terroristas sofridos. Todavia, independentemente do maior ou menor grau de ameaça, podemos considerar que nenhum país está a salvo de um possível ataque, até porque o terrorismo ataca quando menos se espera. Para além disso, e ao contrário de Portugal, as normas previstas no Código Penal Espanhol, no que diz respeito ao crime de terrorismo, são extensas e exaustivas. Também as consequências jurídicas para o crime de terrorismo apresentam uma diferença considerável entre os dois países, tendo Espanha um dos sistemas jurídico-penais mais severos da Europa.

Palavras-chave: Terrorismo, Direito português, Direito espanhol, Direito Penal Internacional, sistemas sancionatórios.

Abstract

This study aims to shed a light on the concept of terrorism by reflecting upon its possible integration and judgment in the International Criminal Court. It will focus on comparative law between two countries, Portugal and Spain, whose legal systems present several dissimilarities in what regards their degree of threat and the terrorist attacks suffered. Yet, regardless of the greater or lesser degree of threat, no country is safe from a possible attack, since they occur when least expected. In addition, unlike Portugal, the rules laid down in the Spanish Penal Code in what concerns the crime of terrorism are extensive and exhaustive. The legal consequences for the crime of terrorism also present a considerable difference between the two countries, with Spain being one of the most severe legal-criminal systems in Europe.

Keywords: Terrorism, Spanish law, Portuguese law, International Criminal Law, sanctioning systems.

Lista de siglas e abreviaturas

APAV	Associação Portuguesa de Apoio à Vítima
CE	Constituição Espanhola
CP	Código Penal Português
CPE	Código Penal Espanhol
CPP	Código do Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
CS	Conselho de Segurança
ENCT	Estratégia Nacional de Combate ao Terrorismo
ER	Estatuto de Roma
LO	Lei Orgânica
MP	Ministério Público
ONU	Organização das Nações Unidas
OPC	Órgãos de Polícia Criminal
OTAN	Organização do Tratado Atlântico Norte
SAN	Sentença da Audiência Nacional
STC	Sentença do Tribunal Constitucional
TPI	Tribunal Penal Internacional
UCAT	Unidade de Coordenação Antiterrorista
EU	União Europeia

ÍNDICE

Introdução	7
Capítulo I – Conceptualização do terrorismo	8
1. Conceito de terrorismo	8
2. As vítimas	10
3. Novas medidas de proteção dos cidadãos da União Europeia	11
Capítulo II – O terrorismo internacional	12
1. Direito Internacional criminal	12
Capítulo III – Crime de terrorismo em Espanha	15
1. Enquadramento	15
2. Delimitação conceptual em Espanha	17
3. Constituição de Espanha	19
4. Código Penal espanhol	20
5. Financiamento	22
6. Aliciamento e recrutamento de futuros terroristas	23
7. Pena de prisão permanente renovável	25
Capítulo IV – O crime de terrorismo em Portugal	26
1. Enquadramento	26
2. Constituição da República Portuguesa	28
3. Instrumentos de combate ao terrorismo	29
4. Lei de combate ao terrorismo	31
5. Código do Processo Penal	32
6. Financiamento	33
7. Características gerais do sistema sancionatório português	35
Conclusão	36
Bibliografia	39

Introdução

Esta dissertação versa sobre o terrorismo e o direito comparado entre o ordenamento jurídico espanhol e o ordenamento jurídico português. Para além disso, analisamos a forma como o Estado de Direito enfrenta este fenómeno, não deixando de enfatizar a importância do Direito Internacional Criminal nesta matéria.

Este trabalho foi realizado no âmbito do Mestrado em Direito, área de especialização em Direito Criminal, na Universidade Católica Portuguesa, devidamente apoiada pelo Dr. Nuno Pinheiro Torres, sendo a pessoa indicada para tal, visto que leciona há vários anos a unidade curricular de “Direito Internacional Criminal”, área também desenvolvida nesta dissertação. Para além disso, é de realçar que a pesquisa foi realizada no âmbito de uma investigação internacional no Departamento de Direito Penal da Universidad Pompeu Fabra, em Barcelona, com a orientação da Dra. Mariona Llobet Angli.

Portugal e Espanha partilham uma área geográfica: a Península Ibérica. Apesar de Espanha ter sido por diversas vezes vítima de atentados terroristas, Portugal tem sido poupado. Mas é de realçar que nenhum país do mundo pode reivindicar ser imune a este fenómeno criminal. Durante esta dissertação tentar-se-á compreender as motivações deste fenómeno.

Atualmente, as sociedades são com frequência vítimas de ataques terroristas, perpetuando esse modo de violência cruel e devastador. Este fenómeno caracteriza-se pela total ausência do respeito pelo ser humano. O gradual aumento dos ataques terroristas, não só representa uma ameaça para a integridade física dos cidadãos, mas também uma significativa ameaça para o Estado de Direito, sendo este um grande desafio não só pelo grau de violência intrínseco, mas fundamentalmente pelas finalidades que os agentes destes crimes pretendem alcançar.

O objetivo primordial desta pesquisa centra-se na análise da capacidade de resposta contra o terrorismo num sistema jurídico-penal funcional e racional. Isto é, perceber qual será a melhor estratégia para que se possa prevenir e punir os terroristas dentro dos parâmetros e limites dos Estados de Direito.

Assim, o ponto de partida deste trabalho centra-se no questionar e responder a certos quesitos relativos ao conceito do terrorismo. Em certa medida, incidirá ainda sobre a questão de onde deverão ser julgados os agentes dos crimes de terrorismo. Se deverão ser julgados num Tribunal Internacional, com a integração do crime de terrorismo como novo crime internacional, ou se o julgamento deverá dizer respeito ao direito interno de cada país.

Seguidamente, elucidaremos o previsto para o crime de terrorismo em Espanha, com uma breve explicação sobre o sistema de classificação das penas previsto no Código

Penal espanhol, passando pela breve referência à Constituição espanhola, que foi um dos primeiros Estados democráticos a restringir, em determinadas circunstâncias, direitos fundamentais. Para além disso, abordaremos a última grande reforma na lei penal espanhola e, uma vez que as consequências jurídicas variam consoante o ordenamento de cada país, veremos o que sucede no ordenamento jurídico espanhol.

Por último, abordaremos o crime de terrorismo em Portugal, enquadrando-o enquanto crime, referindo alguns aspetos da Constituição da República Portuguesa, passando pelas consequências jurídicas previstas no ordenamento português, analisando os instrumentos de combate ao terrorismo disponíveis, e abordaremos até que ponto Portugal estaria preparado para reagir em caso de ser vítima de um grave ataque terrorista.

Capítulo I – conceptualização do terrorismo

1. Conceito de terrorismo

Têm sido várias as tentativas de definição do conceito de terrorismo. Há quem considere o conceito profundamente subjetivo, uma vez que a perspetiva das vítimas difere do ponto de vista dos autores dos ataques. Este termo advém do latim “*terrere*”, que significa tremer¹.

Nos dias de hoje, o terrorismo afeta o mundo inteiro, mas a definição ainda não está uniformizada². Este conceito é utilizado para fazer referência a um vasto conjunto de atos violentos que vão ocorrendo nos mais diversos locais, mas é necessário saber distinguir atos violentos de atos de terrorismo. São apresentadas pela comunicação social visões muito diferentes do que poderá ou não ser considerado terrorismo³, levando a que seja difícil distinguir os crimes comuns dos crimes de terrorismo. Esta dificuldade prende-se com o facto de os crimes de terrorismo serem crimes comuns, com a particularidade de transcenderem o dano causado. Isto é, criam um medo coletivo que afeta a paz pública, coloca em causa a normalidade do quotidiano dos cidadãos e, até, o exercício dos direitos fundamentais⁴. Não há dúvida que estes ataques transformam o Estado de paz num Estado de terror coletivo⁵.

A imprevisibilidade e a premeditação são duas das principais características dos atos de terrorismo, e é importante referir que as sociedades democráticas e abertas facilitam em certos aspetos os ataques e o alcance dos fins que os agentes visam alcançar.

¹ Pelegrino, 2002, pp. 54-56.

² Laqueur, 2000, p. 6: “conta mais de cem conceitos sobre o terrorismo”.

³ Faria, 2018.

⁴ Llobet Anglí, 2010, p. 34.

⁵ Llobet Anglí, 2010, p. 35.

O bem jurídico que este fenómeno põe em causa nos Estados democráticos tem um triplo sentido: em primeiro lugar, o bem jurídico concreto protegido por cada crime comum, isto é, a vida, a integridade física, a liberdade, etc.; em segundo lugar, a paz pública, no sentido de estado coletivo de tranquilidade; e, por último, as vias democráticas para decisões políticas⁶.

Uma outra particularidade do terrorismo, que será desenvolvida mais à frente, são os destinatários (as vítimas), que adiantamos desde já que tem um critério de aleatoriedade, ou seja, o terrorismo dirige-se contra pessoas que não têm a qualidade de combatentes.

O terrorismo tem conhecido uma evolução nas duas últimas décadas. Temos assistido a formas cada vez mais surpreendentes de espalhar a morte, a destruição e o medo de futuros, e imprevisíveis, ataques. Definir este conceito é de extrema complexidade, e essa dificuldade não é exceção para o mundo jurídico. Seria vantajosa a existência de uma definição genérica, que descrevesse o fenómeno com a parte histórica, social, política, psicológica, jurídico-penal e até mesmo internacional.

Na atualidade, existem nas Nações Unidas vários instrumentos relativos ao terrorismo internacional. Porém, nenhum dos instrumentos apresenta uma definição geral de terrorismo. Os motivos poderão prender-se com o facto de várias das convenções terem sido adotadas como resposta a ataques terroristas e, também, como forma de preencher lacunas normativas na regulação deste fenómeno⁷.

O conceito de terrorismo sofreu nos últimos anos uma transformação revolucionária no que diz respeito à sua natureza. Há quem defenda que os grupos terroristas operam, nos dias de hoje, de uma forma sem precedentes e pressupõem uma ameaça terrorista totalmente nova. Estas novas formas de terrorismo integram um novo tipo de agentes (lobos solitários) e novos instrumentos (não recorrendo a armamento, por exemplo o atropelamento de multidões). O que significa que esta inovação cria a necessidade de adotar as respostas contraterroristas.

Em suma, a definição de um conceito jurídico geral de terrorismo é importante e urgente para que se possa abordar de forma efetiva esta ameaça. Isto porque este fenómeno lesa bens jurídicos fundamentais com condutas extremamente violentas, reiteradas e indiscriminadas, suscetíveis de originar um medo e um terror coletivos. A constante transformação dos atos de terrorismo torna difícil encontrar uma definição. Porém, no Direito Penal de um Estado de Direito democrático, que defende princípios como a legalidade, a proporcionalidade e a igualdade, torna-se imprescindível que se delimite este conceito, uma vez que este fenómeno criminal integra os crimes mais

⁶ Llobet Anglí, 2010, pp. 437-444.

⁷ Saul, 2008, p. 3.

graves previstos nos ordenamentos jurídicos e, por sua vez, as sanções criminais mais rígidas.

2. As vítimas

As vítimas dos ataques terroristas têm um valor meramente simbólico, uma vez que não são previamente definidas. Os atos de terrorismo não são planeados para que se mate só mulheres ou só crianças, por exemplo, mas sim aquelas pessoas que estejam, por acaso, em determinado local. Assim, podemos considerar que o impacto psicológico nas vítimas que sobrevivem é muito elevado⁸.

A sensação de insegurança que o terrorismo cria será uma das principais consequências. As vítimas não serão somente as que efetivamente sofreram o ataque, serão também as pessoas que não estavam no local da prática do facto, mas que poderiam perfeitamente ter estado. Isto devido a pelo menos dois fatores: a aleatoriedade e o carácter repetitivo. O ataque terrorista tem intrínseca uma mensagem para o Estado e, se esse receio coletivo não existisse, talvez a mensagem não chegasse até ao Governo. Assim, e consequentemente, a sociedade reclama e exige a proteção do Estado.

O Parlamento Europeu (PE) aprovou uma Diretiva Europeia⁹ prevendo medidas de proteção, apoio e assistência às vítimas do terrorismo¹⁰ que visam assegurar quer a estas, quer aos seus familiares, serviços de apoio que atendam às suas necessidades específicas imediatamente após um atentado terrorista e durante o tempo necessário. As vítimas terão direito a receber aconselhamento jurídico, bem como assistência com pedidos de indemnização.

Em suma, a criação de um Estado de terror entre a população é ao mesmo tempo um fim e um meio para quem cometa os atos terroristas, existindo as vítimas diretas, as que são realmente alvos do ataque, e as vítimas indiretas, que são todas as pessoas que, não tendo nenhuma ligação ao ataque nem às suas vítimas, têm consciência que tanto os próprios como os familiares e amigos são suscetíveis, pela aleatoriedade e imprevisibilidade, de serem alvos de um ataque terrorista.

⁸ Como podemos confirmar no relatório anual de Segurança Nacional espanhola, elaborado pelo Governo espanhol em 2016, retirado de http://www.dsn.gob.es/sites/dsn/files/2017-0245_Informe_Anuual_de_Seguridad_Nacional_2016_ACC_EE_FINAL.pdf, pp. 51-54.

⁹ Diretiva da UE 2017/541 do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de março de 2017, relativa à luta contra o terrorismo e que substitui a Decisão-Quadro 2002/475/JAI do Conselho e que altera a Decisão 2005/671/JAI, retirado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32017L0541>.

¹⁰ Cfr. com os artigos 22º e seguintes da Diretiva acima mencionada.

3. Novas medidas de proteção dos cidadãos da união europeia

A Comissão Europeia apresentou, no final do ano de 2017, juntamente com o 11^o Relatório sobre a União da Segurança, de acordo com o comunicado de imprensa¹¹, um conjunto de medidas práticas para defender melhor os cidadãos contra as ameaças terroristas. Estas medidas visam reduzir os fatores de vulnerabilidade evidenciados pelos recentes atentados terroristas e dar apoio aos Estados-Membros para a proteção de espaços públicos e para privar os terroristas dos seus meios de ação. Para além disso, propõe igualmente reforçar a ação externa da União Europeia (UE) em matéria de luta contra o terrorismo, nomeadamente através da Europol¹², e recomenda que a UE encete negociações com o Canadá¹³ para a revisão do acordo sobre o registo de identificação dos passageiros.

Para impedir que sejam praticados novos ataques, é necessário privar os terroristas dos meios de ação, limitando o acesso às substâncias utilizadas no fabrico de explosivos artesanais, apoiar as autoridades policiais e judiciais quando se deparem com problemas de encriptação aquando de investigações criminais e, por último, combater o financiamento do terrorismo, facilitando o acesso aos dados relativos a operações financeiras realizadas entre Estados-Membros, aplicando medidas a nível europeu para facilitar e acelerar esse acesso.

O Parlamento Europeu (PE) aprovou uma Diretiva com novas medidas para combater o terrorismo na UE, na qual passam a ser criminalizados os atos preparatórios¹⁴. Segundo informações do PE, cerca de cinco mil europeus juntaram-se aos combatentes na Síria e no Iraque, sendo na sua maioria da França, Reino Unido e Bélgica. Para além disso, a maioria dos recentes ataques terroristas na Europa foram, segundo dados do PE, perpetrados por europeus, alguns deles combatentes estrangeiros de regresso ao seu país¹⁵. Estes representam uma ameaça crescente para a Europa, o que levou, em 16 de fevereiro de 2017, à criminalização dos atos preparatórios, como a formação ou as deslocações ao estrangeiro, e à adoção de medidas para reforçar os controlos nas fronteiras externas da UE. Esta Diretiva tem como finalidade reforçar e

¹¹ Cfr. com o décimo primeiro relatório mensal sobre os progressos alcançados rumo a uma “União da Segurança genuína e eficaz”, de 18.10.2017, retirado de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DCo608&from=EM>.

¹² Reforçando a cooperação da Europol com países terceiros, mediante recomendações do Conselho para que autorize a abertura de negociações com vista à celebração de acordos entre a EU e a Argélia, Egito, Israel, Jordânia, Líbano, Marrocos, Tunísia e Turquia sobre a transferência de dados pessoais entre a Europol e estes países, para prevenir e combater o terrorismo e outras formas de criminalidade.

¹³ De acordo com todos os requisitos enunciados pelo Tribunal de Justiça da UE no parecer de 26 de julho de 2017, retirado de <https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/95640499-9c3c-11e7-b92d-01aa75ed71a1/language-pt>.

¹⁴ Consistem nomeadamente em deslocações ao estrangeiro para fins de terrorismo, para receber financiamento, formação ou instruções para organizar atentados através da Internet.

¹⁵ Cfr. “Luta contra o terrorismo. A resposta do Parlamento Europeu à ameaça terrorista”, retirado de http://www.europarl.europa.eu/infographic/europe-and-terrorism/index_pt.html.

auxiliar no combate ao terrorismo, designadamente devido ao aumento do número de terroristas a atuar de forma individual (lobos solitários)¹⁶. A nova Diretiva europeia pretende harmonizar a legislação penal, melhorando a troca de informação entre os Estados-Membros, e prevenir ataques.

Assim, o Conselho da UE decidiu reforçar as regras destinadas a prevenir o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo, na sequência da vaga de atentados terroristas que tem ocorrido na Europa. Estas visam reforçar as regras de transparência, de forma a evitar a ocultação de fundos em grande escala. Desta forma é possível prevenir que o sistema financeiro seja utilizado para o financiamento de atividades criminosas, permitindo mais acessos aos registos de beneficiários efetivos, controlo de risco e mais cooperação internacional.

Capítulo II – o terrorismo internacional

1. Direito internacional criminal

O Direito Internacional Penal tem como objetivo salvaguardar os Direitos Humanos. A 1 de julho de 2002 entrou em vigor na ordem jurídica internacional o Estatuto de Roma (ER), que criou o Tribunal Penal Internacional (TPI), sediado em Haia, na Holanda. A criação do TPI foi considerada uma conquista na garantia de responsabilização internacional e no respeito global dos Direitos Humanos. O TPI é um órgão ligado às Nações Unidas, com uma competência demarcada pela responsabilidade de julgar crimes específicos previstos nos artigos 5º e seguintes do Estatuto do TPI¹⁷:

1. Crimes de Genocídio;
2. Crimes contra a Humanidade;
3. Crimes de Guerra;
4. Crimes de Agressão.

As sanções punitivas previstas no TPI são a pena de prisão por um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos, ou a pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do facto e as condições pessoais do condenado o justificarem¹⁸. Para além disso, o Estatuto do TPI prevê a existência de penas acessórias, em duas modalidades: a pena de multa e a perda de produtos, bens e haveres provenientes, direta ou indiretamente, do crime¹⁹.

A Organização das Nações Unidas (ONU) tem um papel fundamental perante ameaças à paz e à segurança do sistema internacional, e, portanto, será importante para a luta contra o terrorismo internacional.

¹⁶ Cfr. Llobet Angl, 2015, pp. 43-63.

¹⁷ Assunção, 2001, pp. 71 e ss.

¹⁸ Artigo 77.º, n.º 1, alíneas. a) e b), do Estatuto do TPI.

¹⁹ Artigo 77.º, n.º 2, do Estatuto do TPI.

Os artigos 25º e 48º da Carta nas Nações Unidas autorizam o Conselho de Segurança (CS) a adotar resoluções que vinculem os Estados Membros. Desde o início dos anos 90 que o CS se tem empenhado na luta contra o terrorismo. Apesar do CS considerar o terrorismo como uma ameaça contra a paz e contra a segurança internacional, a maior parte dos casos não corresponde à categoria dos crimes internacionais previstos no ER. Atualmente não podemos considerar que exista um crime internacional de terrorismo, pelo menos em tempo de paz, nem Tribunais Internacionais com jurisdição para este tipo legal.

Existem vários componentes do Direito Internacional que são diretamente pertinentes na resposta da justiça penal ao terrorismo. Perante um fenómeno cada vez mais globalizado, tornou-se urgente a necessidade da instauração de um Tribunal com competência não só para os atos cometidos em conflitos armados, como os tribunais *ad hoc* criados pelo CS da ONU, mas um tribunal que seja permanente e que atue prontamente perante o terrorismo internacional.

Contudo, segundo Cassese²⁰, reconhecendo a não inclusão do crime de terrorismo no Estatuto do TPI, levanta-se a questão de saber se estes crimes podem ou não ser considerados pelo ER dentro de uma diferente denominação. A resposta a esta questão dependerá da magnitude e das circunstâncias dos atos cometidos. Mas, de uma forma geral, e pelo facto do princípio da legalidade (princípio *nulla crimen sine lege*), na sua vertente do previsto no artigo 22º do Estatuto do TPI²¹, traduzir que não pode haver crime sem lei, torna-se difícil agregar o crime de terrorismo aos crimes previstos no Estatuto do TPI²². Para além disso, as leis devem ser precisas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*), e proíbe-se a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poene sine lege praevia*), não permitindo a interpretação extensiva das normas penais incriminadoras (*nullum crime nulla poena sine lege stricta*) nem a integração de lacunas por analogia, impondo-se a retroatividade das leis penais mais favoráveis. Importa referir que o artigo 23º do Estatuto do TPI consagra o princípio *nulla poena sine lege*²³, determinando que a lei penal tem de prever, para cada comportamento punível, as sanções aplicáveis. Assim sendo, todos os acusados pelo TPI devem ser punidos pelo disposto no Estatuto e não devem ser aplicadas outras disposições legais.

²⁰ Cassese, 2013, pp. 146-158.

²¹ Cfr. Artigo 22º do Estatuto do TPI: “1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, nos termos do presente Estatuto, a menos que a sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal; 2. A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambiguidade, será interpretada a favor da pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada; 3. O disposto no presente artigo nada afetará a tipificação de uma conduta como crime nos termos do direito internacional, independentemente do presente Estatuto” – este princípio, designado também por princípio da legalidade, é um princípio jurídico fundamental que estabelece que o Estado deve submeter-se à lei. Ou seja, significa que “não pode haver crime, nem pena que não resultar”.

²² Tradução de acordo com Figueiredo Dias, 2012, pp. 167-169.

²³ Cfr. Artigo 23º do Estatuto do TPI, que estabelece que “qualquer pessoa condenada pelo Tribunal só poderá ser punida em conformidade com as disposições do presente Estatuto”.

Sendo assim, podemos considerar que o terrorismo, pela sua perigosidade e transnacionalidade, deveria ser classificado como crime internacional autónomo, não devendo ser integrado nos crimes internacionais já previstos. Portanto, salientamos que, atualmente, o terrorismo não é ainda classificado como crime internacional autónomo em tempo de paz, podendo ser considerado em tempo de guerra se se enquadrar num dos crimes internacionais previstos.

O TPI resulta da vontade dos Estados estabelecerem um tribunal internacional permanente. A Constituição da República Portuguesa (CRP) sofreu uma revisão constitucional extraordinária em 2001, através da adição de um n.º 7 ao artigo 7º da CRP, onde aceitou a jurisdição do TPI, por remissão expressa e global para o Estatuto de Roma, que instituiu o Tribunal, implicando a constitucionalização de todas as soluções nele consagradas, embora parte do previsto no Estatuto possa ser contrário a normas da CRP. Nomeadamente, o facto de o TPI prever a aplicação da pena de prisão perpétua para crimes de maior gravidade colide completamente com o que a CRP prevê (artigos 24º, n.º 2 e 30º, n.º 1 da CRP), ou ainda o caso do conflito das normas do Estatuto do TPI que se relacionam com a extradição e entrega de cidadãos nacionais para fora do país, contrariando as normas constantes do artigo 33º da CRP.

Tal como já foi referido anteriormente, o terrorismo internacional só poderá caber no DIC, se este se considerar um crime de guerra ou um crime contra a humanidade.

Para que o crime de terrorismo seja integrado como crime de guerra é necessário que se enquadre no previsto no artigo 8º do Estatuto do TPI. Para Cassese²⁴, tanto o Direito Internacional Humanitário (DIH) como o DIC já versam sobre os atos de terrorismo realizados no âmbito de um conflito armado, seja interno ou internacional²⁵. Segundo este autor, o comentário do Comité Internacional da Cruz Vermelha ao 2º protocolo adicional às Convenções de Genebra de 1949 e de 1977 considera que todos os que participam num conflito armado podem ser alvo de atos terroristas, e que ao proibir atos de terrorismo contra a população civil não deixa de proibir todos os atos de terrorismo. Assim, para que o terrorismo caiba no crime de guerra são necessários certos elementos²⁶: a ação violenta, ou ameaça de ação violenta contra a população civil ou outras pessoas especialmente protegidas ou que não tomem parte nas hostilidades, e a intenção de provocar o medo no inimigo. Também será necessário o motivo, que embora seja essencial na classificação do crime de terrorismo noutras categorias de crimes internacionais é tido sem qualquer relevância jurídica. Elucidando este aspeto, Cassese²⁷

²⁴ Cassese, 2013, p. 153.

²⁵ Cassese, 2013, p. 153.

²⁶ Tomamos aqui os elementos propostos por Cassese, 2013, pp. 155-157.

²⁷ Cassese, 2013, pp. 155-157.

atesta que tal implica que as ações terroristas em tempo de guerra tenham sempre um motivo público subjacente, não relevando juridicamente qualquer motivo pessoal.

Já no que diz respeito à integração do crime de terrorismo num crime contra a humanidade, tem de entre vários aspetos, preencher certos requisitos essenciais²⁸, que consistem no seguinte: em primeiro lugar, na existência de um ataque generalizado ou sistemático e ter como alvo a população civil. Para a responsabilização por um crime contra a humanidade não terá importância se o ato foi cometido em tempo de guerra ou em tempo de paz. Segundo Cassese²⁹, o terrorismo poderia ser considerado crime contra a humanidade desde que cumprisse os requisitos que mencionamos, passando a ser “uma forma agravada do crime discreto de terrorismo”³⁰. Não concordamos com o autor, visto que o crime de terrorismo deveria constituir um crime autónomo e não uma agravação de um crime já previsto. Contudo, admitimos que certos ataques, pelas suas características e dimensão, possam encaixar nos crimes contra a humanidade.

Em suma, apesar da possível integração do terrorismo como crime de guerra ou como crime contra a humanidade, defendemos que o terrorismo deve ser consagrado como crime internacional autónomo, até porque, na atualidade, este fenómeno apresenta uma elevada ameaça à paz e à segurança internacional.

Capítulo III – crime de terrorismo em Espanha

1. Enquadramento

A história dos últimos anos em Espanha está profundamente marcada pela atividade terrorista. Desde 1968 que este país tem vindo a sofrer ataques, designadamente pelo grupo terrorista ETA (Euskadi Ta Askatasuna), tendo como objetivo a independência do País Basco³¹. Durante o regime de Franco, o terrorismo foi combatido através de repressão indiscriminada, característico de um regime ditatorial e da ação da instituição militar.

Ao contrário do que sucedeu nos EUA, no Reino Unido e em França, a Espanha não praticou nenhuma reforma na legislação antiterrorista logo após os ataques de 11 de setembro de 2001. Até mesmo após o grande ataque de 11 de março de 2004 no metro de Madrid, que resultou em 191 mortos e cerca de dois milhares de feridos, o Governo espanhol não fez nenhuma alteração legislativa, continuando a prever uma lei de antiterrorismo pouco rígida, utilizando apenas os meios já existentes para combater o fenómeno. Tal sucedeu porque o Governo acreditava que o atentado em Madrid seria

²⁸ Cfr. Artigo 7º, n.º 1 do Estatuto do TPI.

²⁹ Cassese, 2013, pp. 157-159.

³⁰ Cassese, 2013, pp. 157-159.

³¹ Os territórios do País Basco incluem a Comunidade Autónoma do País Basco, Navarra e o Departamento Administrativo francês Pyrénées Atlántiques. Cfr. Alonso & Reinares, 2005, pp. 265-278.

uma consequência direta do apoio de José Maria Aznar³² às políticas de George W. Bush, sendo uma dessas políticas a invasão militar ao Iraque.

Em 2004, o Governo espanhol socialista prometeu medidas antiterroristas ponderadas e pretendia recorrer ao diálogo sempre que possível, mas acabaram por ser implementadas medidas mais duras. O Governo espanhol de José Luís Zapatero³³ tinha como objetivo celebrar um histórico acordo de paz com a ETA e implementar medidas culturais e económicas para facilitar e auxiliar a cooperação com a integração da comunidade muçulmana em Espanha. Contudo, os ataques perpetuados por parte da ETA e de grupos terroristas islâmicos³⁴ não pararam e, consequentemente, o Governo espanhol reforçou a implementação de medidas ainda mais punitivas. No que diz respeito à ETA, a polícia espanhola obteve sucesso nos processos de desmantelamento de redes de apoio político e financeiro, o que acarretou um enfraquecimento deste grupo terrorista.

Vários terroristas com ligação quer aos atentados de 11 de setembro nos EUA, quer aos de 11 de março em Madrid foram julgados em tribunais espanhóis, e várias células terroristas muçulmanas foram, e continuam a ser, desmanteladas pelos serviços de *intelligence* espanhóis.

Após o atentado contra o *Charlie Hebdo* em Paris, a 7 de janeiro de 2015, o presidente do Governo espanhol assegurava que “totalitarismo e fanatismo nunca venceram a batalha”³⁵. Espanha, nesse mesmo ano (2015), procedeu a grandes alterações no Código Penal espanhol (CPE), com a reforma da Lei Orgânica (LO) 2/2015, de 30 de março, onde passaram a existir várias colisões com princípios constitucionais como, por exemplo, a liberdade religiosa e de expressão.

Segundo o Relatório Anual de Segurança Nacional espanhol de 2016³⁶, houve um trabalho intenso de luta contra o terrorismo por parte das Forças e Corpos de Segurança, que resultou num grande número de detenções, especialmente contra redes e células jihadistas. É importante referir que Espanha é, logo depois dos EUA, o país com o maior contingente militar no que toca ao treino das forças locais no Iraque³⁷. O Departamento

³² Foi o quarto presidente do Governo da Espanha do período democrático posterior a 1978, e exerceu o mandato entre 5 de maio de 1996 e 17 de abril de 2004, pelo Partido Popular.

³³ Sucessor de José Maria Aznar, tornou-se o quinto presidente do Governo da Espanha desde a restauração democrática em 1978, e governou desde 17 de abril de 2004 até 21 de dezembro de 2011.

³⁴ Tentativas de ataques terroristas ao Tribunal Nacional em Madrid em 2004, às Torres Gémeas de Barcelona em 2006 e ao metro de Barcelona em 2008.

³⁵ <http://www.rtve.es/noticias/20150111/rajoy-asegura-paris-totalitarismos-fanatismos-nunca-han-ganado-batalla/1081643.shtml>.

³⁶ Relatório anual de Segurança Nacional espanhola, elaborado pelo Governo espanhol em 2016, retirado de http://www.dsn.gob.es/sites/dsn/files/2017-0245_Informe_Anual_de_Seguridad_Nacional_2016_ACC_EE_FINAL.pdf.

³⁷ Segundo o relatório anual de Segurança Nacional de 2016, as Forças Armadas espanholas terão dado instrução a cerca de 6 mil soldados das Forças Armadas iraquianas. Cfr. Relatório anual de Segurança Nacional espanhola, elaborado pelo Governo espanhol em 2016, retirado de

de Estado norte-americano informou, em maio de 2009, que Espanha continua a ser a principal base logística do terrorismo islamita na Europa. No seu relatório anual sobre terrorismo respeitante a 2008, o Departamento de Estado considerou que a localização geográfica espanhola, a sua grande população de imigrantes do Norte de África e a facilidade de acesso a outros países da Europa fizeram de Espanha um local estratégico e favorável para os grupos terroristas internacionais, o que representa, devido à proximidade com Portugal, uma ameaça a ter em atenção.

O Governo espanhol criou um mecanismo de estratégia contra o terrorismo internacional e contra a radicalização, prevendo quatro pilares: prevenir, proteger, perseguir e preparar³⁸.

O pilar “prevenir” atua na origem e no que causa a prevenção, ou seja, está ligado aos processos de radicalização que propagam a base ideológica sobre a qual os terroristas se baseiam. Para isso, a estratégia prevê três caminhos: no âmbito interno, nomeadamente com a integração da comunidade muçulmana em Espanha; no âmbito externo, com a adoção de políticas com outros países; e, por último, no âmbito virtual, no que diz respeito, por exemplo, à neutralização de páginas na Internet que aliciam e propagam a ideologia terrorista.

O pilar “proteger” consiste no aumento da capacidade de reação e na diminuição das vulnerabilidades, estabelecendo um ambiente geral de segurança que dificulte a execução de atos terroristas.

O pilar “perseguir” pretende promover a melhoria da capacidade de pesquisa das estratégias dos terroristas nas suas ações, contando com os instrumentos de coordenação, direção e supervisão, como, por exemplo, prevenir o planeamento de atos terroristas, o financiamento e acesso aos materiais necessários para o ataque.

Por último, o pilar “preparar”, que consiste em evitar danos gerados após o agravamento de um ataque, devido à falta de resposta adequada, minimizando as consequências e dando apoio imediato e permanente às vítimas dos ataques terroristas, e extraindo a experiência necessária para ações futuras, para que posteriormente haja uma melhor preparação e intervenção.

2. Delimitação conceptual em Espanha

Segundo a tradição doutrinal e legislativa espanhola, os atos de terrorismo podem ser caracterizados por serem atos graves praticados com meios especialmente violentos,

[http://www.dsn.gob.es/sites/dsn/files/2017-](http://www.dsn.gob.es/sites/dsn/files/2017-0245_Informe_Anual_de_Seguridad_Nacional_2016_ACC_EE_FINAL.pdf)

[0245_Informe_Anual_de_Seguridad_Nacional_2016_ACC_EE_FINAL.pdf](http://www.dsn.gob.es/sites/dsn/files/2017-0245_Informe_Anual_de_Seguridad_Nacional_2016_ACC_EE_FINAL.pdf).

³⁸ Cfr. com o relatório completo do Governo espanhol, retirado de <https://www.uma.es/foroparalapazenelmediterraneo/wp-content/uploads/2016/11/sintesis-eictir-autorizada-en-castelhano.pdf>.

com o intuito de causar o terror na população ou em parte dela. Além do mais, provocam danos em bens jurídicos superiores, ou seja, geram perigo grave para a vida e para a integridade física das pessoas. Para além disso, os ataques terroristas pretendem condicionar as tomadas de decisão sobre assuntos políticos, através da ameaça da repetição de novos e mais graves ataques.

O Código Penal Espanhol (CPE), tal como já foi referido, deixou de prever no seu conceito de crime de terrorismo o elemento estrutural inicialmente previsto. Até às alterações legislativas de 2015, a tónica do crime de terrorismo tinha como elemento estrutural a interligação dos ataques às organizações terroristas. Ou seja, o terrorismo estaria fortemente associado à violência política organizada³⁹. Porém, com a evolução deste fenómeno, houve a necessidade de se prescindir deste elemento para se inserir um outro. Esta é a razão pela qual os atos terroristas no ordenamento jurídico espanhol já não dependem exclusivamente de os agentes do crime pertencerem a uma organização ou grupo terrorista.

Pode dizer-se que o terrorismo é uma forma de criminalidade organizada que põe à prova e testa ao limite a capacidade do Estado de garantir a segurança. Embora existam outras formas de criminalidade organizada para além do terrorismo, como por exemplo o tráfico de droga, o terrorismo é sem dúvida o que apresenta o maior desafio ao Estado⁴⁰.

Nos artigos 571º e 572º do CPE estão reguladas as organizações e grupos terroristas, que constituem uma modalidade especial e agravada em relação aos grupos e organizações criminosas (artigo 570º *bis* e ter do CPE).

Com a ampliação do conceito de terrorismo na reforma de 2015, o CPE passou a admitir, para além dos crimes de participação em organização ou grupo terrorista, o terrorismo individual⁴¹.

Nas alterações de 2015, surge a definição de terrorismo, tendo como base a Decisão 2002/475/JAI, de 13 de junho de 2002⁴², relativa à luta contra o terrorismo e implementada pela Decisão de 2002. No entanto, mesmo não existindo um conceito de terrorismo universalmente aceite, a Sentença do Tribunal Supremo espanhol (STS) de 29 de novembro de 1997 indicou resumidamente uma definição dada pelo Dicionário da Real Academia da Língua Espanhola, que se refere ao terrorismo como “dominação pelo terror através da execução de atos de violência dirigidos a tal fim” e define-o como:

³⁹ De acordo com a Sentença do Tribunal Constitucional (STC) n.º 199/87, de 16 de dezembro, retirado de <http://hj.tribunalconstitucional.es/cs/Resolucion/Show/931>.

⁴⁰ Carrasco Durán & Pérez Royo, 2010, p. 9.

⁴¹ Llobet Anglís, 2015, pp. 43-63.

⁴² Cfr. com a Decisão-Quadro do Conselho de 13 de junho de 2002, relacionada com a luta contra o terrorismo, retirada de http://www.dgpi.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/2002-475-jai-decisao/downloadFile/file/DQ_2002.475.JAI_terrorismo.pdf?nocache=1199977781.17.

Uma atividade planeada que, individualmente ou com a cobertura de uma organização, com reiteração ou de forma isolada e através da utilização de meios ou de realização de atos destinados a criar uma situação de grave insegurança, de temor social ou de alteração da paz pública, tem por finalidade subverter total ou parcialmente a ordem política constituída.

3. Constituição de Espanha

A Constituição Espanhola (CE) de 1978⁴³ foi polémica e constituiu um exemplo do modo como foi tratada a restrição dos direitos fundamentais em Estados democráticos. Espanha foi a primeira nação europeia a incluir na sua lei fundamental um preceito de suspensão de direitos especialmente dedicado ao terrorismo (artigo 55º, n.º 2)⁴⁴. Tal como já foi referido anteriormente, o terrorismo em Espanha é visto como uma séria ameaça à segurança do regime democrático e, como tal, a CE consagrou expressamente a possibilidade de alguns direitos fundamentais poderem vir a ser restringidos (“suspensos”)⁴⁵. Tal norma tinha como objetivo obter resultados mais eficientes e seguros na luta do Estado de Direito contra a criminalidade terrorista⁴⁶. Este artigo permite que uma lei orgânica venha a suspender os direitos de inviolabilidade da correspondência e do domicílio (artigo 18º, n.º 2 e n.º 3 da CE), bem como a suspensão do direito de todos os detidos serem colocados em liberdade ou à disposição da entidade judicial no prazo máximo de 72 horas, a contar desde a sua detenção (artigo 17º, n.º 2).

Em suma, estas alterações proporcionaram acesas discussões entre constitucionalistas e penalistas espanhóis. No preâmbulo da CE está consagrado que “A Nação Espanhola deseja estabelecer justiça, liberdade e segurança e promover o bem de todos aqueles que integram”. Já o artigo 17º/1 estabelece que “Todas as pessoas têm direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, senão com a observância do estabelecido neste artigo e nos casos e na forma prevista em lei”.

⁴³ Note-se que a Constituição Espanhola de 29 de dezembro de 1978 é a atual Constituição Espanhola e é a lei fundamental da organização jurídica espanhola, à qual ficam sujeitos os poderes públicos e os cidadãos de Espanha.

⁴⁴ Artigo 52º, n.º 2 CRE: “A lei orgânica pode determinar a forma e os casos em que, individualmente e com a necessária intervenção judicial e o adequado controlo parlamentar, os direitos reconhecidos nos artigos 17, parágrafo 2, e 18, parágrafos 2 e 3, podem ser suspensos para determinadas pessoas que tenham conexão com as investigações correspondentes às ações terroristas”.

⁴⁵ Artigo 55º, n.º 2: “O uso injustificado ou abusivo das faculdades reconhecidas na referida lei orgânica produzirá responsabilidade criminal, como uma violação dos direitos e liberdades reconhecidos pelas leis”.

⁴⁶ Llobet Angli, 2015, p. 43.

4. Código Penal Espanhol

Em primeiro lugar, será importante uma breve elucidação sobre o sistema e classificação das penas no CPE⁴⁷. As penas em Espanha podem ser classificadas segundo diversos critérios. Em primeiro lugar, em razão do bem ou do direito violado, em que os artigos 32º e 35º do CPE distinguem as penas privativas de liberdade das penas privativas de outros direitos (artigos 39º e seguintes do CPE). Outro dos critérios é em função da natureza e da duração da pena, dividindo e classificando em penas graves, menos graves e leves. Para além disso, distinguem em razão do diferente grau de autonomia, com a distinção entre penas principais e acessórias (artigo 32º CPE). As primeiras são as que estão previstas por si mesmas nas normas do CPE e nas leis especiais. Já as acessórias são aquelas que determinadas disposições gerais preveem e que se aplicam juntamente com a pena principal, sendo as que no fundo acompanham e complementam os efeitos punitivos.

Em 2015, a reforma do CPE produziu uma profunda transformação no que diz respeito aos crimes de terrorismo. Para que um crime seja considerado terrorismo será imprescindível que se execute com algumas das seguintes finalidades:

- Subverter a ordem constitucional ou destabilizar de forma grave o funcionamento das instituições políticas ou as estruturas económicas ou sociais do Estado, ou obrigar os poderes públicos a realizarem um ato ou a deixarem de o fazer;
- Alterar gravemente a paz pública;
- Destabilizar gravemente o funcionamento de uma organização internacional;
- Provocar um estado de terror na população ou em parte dela.

É provável que, com estas alterações, a legislação penal espanhola seja uma das mais completas da Europa no que respeita à luta contra o terrorismo. Mas o facto de ser extensa não significa que seja completa, sem lacunas, e em certos pontos poderá mesmo ser repetitiva. O catálogo dos crimes de terrorismo que podem ser considerados graves passou a ser bastante extenso e não se limita aos crimes que lesem bens jurídicos básicos. Ou seja, crimes como o tráfico de droga, crimes informáticos ou até mesmo a fraude fiscal, se perseguirem certas finalidades, podem ser considerados crimes terroristas. Desta forma pode mesmo dizer-se que até a violência pode deixar de ser elemento consubstancial no conceito de terrorismo, em Espanha. Não podemos deixar de referir que a grande abertura neste tipo legal pode ser perigosa, isto porque pode conduzir a um conceito demasiado lato. Se fizermos uma interpretação literal do artigo 573º do CPE⁴⁸, caberia concluir que um simples crime informático através do qual se

⁴⁷ Lascaraín Sánchez, 2015, pp. 289-396.

⁴⁸ O Artigo 573º do CPE prevê no n.º 1 o que se considera crimes de terrorismo: *é a prática de qualquer crime grave contra a vida ou integridade física, liberdade, integridade moral, liberdade sexual, património, recursos naturais ou o meio ambiente, a saúde pública, o risco catastrófico, incêndio, contra*

pretenda impedir que uma Administração realize um determinado ato poderia ser considerado um crime de terrorismo. Assim, o elemento que nunca deve ser descurado é o de causar terror e temor à população. A não ser assim, o conceito de terrorismo do CPE careceria de uma cobertura constitucional do artigo 55.2 da CE para a suspensão dos direitos fundamentais ali contemplados (Sentença do Tribunal Constitucional espanhol (STC) 199/87, de 16 de dezembro).

O objetivo dos terroristas é, de certa forma, o de provocar o máximo de desestabilização possível do atual sistema jurídico, o Estado social e democrático de direito. Será importante apontarmos o que refere o artigo 1º da CE, que estabelece uma finalidade última de afirmar a nossa democracia, lutando contra as organizações que pretendam acabar com ela perseguindo e perturbando a paz pública com a utilização de armamento, originando uma grave alteração da normalidade na convivência dos cidadãos, sem a qual não se podem exercer adequadamente os direitos fundamentais reconhecidos pela maioria dos ordenamentos constitucionais (STS 2/1998, de 29 de julho – caso GAL). O incumprimento da ordem que a democracia exige faz com que, em última instância, seja a única justificação para que o crime de terrorismo seja alvo de um tratamento penal excecional.

As penas privativas de liberdade, em maior ou menor medida, têm implícita a violação de um direito fundamental: a liberdade (que está consagrada na Constituição Espanhola (CE) no artigo 17º)⁴⁹. A pena de prisão permanente renovável⁵⁰ foi introduzida pelas alterações ao CPE pela LO 2/2015, e é sem dúvida a pena mais severa de todo o ordenamento jurídico (estando prevista apenas para alguns crimes da parte especial do CPE, entre os quais estão previstos os crimes de terrorismo (artigo 573 bis)).

No ordenamento jurídico espanhol, a pena máxima resultante de qualquer que seja o concurso de crimes não pode superar os 20 anos, em situações normais, e 25, 30 ou 35 anos, em situações excecionais. Isto é, quando as penas acumuladas sejam especialmente graves. Para proteger e evitar, de certa forma, a desproporcionalidade que

a Coroa, de ataque e posse, trânsito e depósito de armas, munições ou explosivos, previsto neste Código, e apreensão de aeronaves, navios ou outros meios de transporte coletivo ou de bens, quando estes levem a cabo com qualquer um dos seguintes propósitos:

1. Subverter a ordem constitucional, ou suprimir ou desestabilizar seriamente o funcionamento das instituições políticas ou das estruturas económicas ou sociais do Estado, ou obrigar as autoridades públicas a realizar um ato ou abster-se de fazê-lo.

2. Alterar seriamente a paz pública.

3. Desestabilizar seriamente o funcionamento de uma organização internacional.

4. Provocar um estado de terror na população ou em parte dela.

N.º 2. Considera-se igualmente crimes de terrorismo os crimes informáticos definidos nos artigos 197 bis e 197 ter e artigos 264 a 264 qua, quando os atos forem cometidos para qualquer um dos fins mencionados na seção anterior.

N.º 3. Da mesma forma, as demais infrações estabelecidas neste Capítulo serão consideradas crimes de terrorismo.

⁴⁹ Artigo 52º, n.º 2 CRE, pp. 295-342.

⁵⁰ Foi uma das novidades de maior relevo do Projeto da reforma do Código Penal Espanhol em 2015.

poderia resultar de uma pena demasiado severa por causa da acumulação de muitas penas, o artigo 76.1 do CPE estabelece que a pena final não poderá ser superior ao triplo do tempo da pena mais grave dos crimes que se praticaram.

Dentro das medidas de segurança não privativas de liberdade, o ordenamento jurídico espanhol tem uma que importa para esta matéria: a liberdade vigiada (artigo 106º do CPE). Segundo o artigo 106.1 do CPE, o condenado fica sujeito, depois de cumprir uma pena principal, a esta pena acessória, que consiste no controlo judicial através do cumprimento de medidas que, de certa forma, limitam a liberdade. O controlo é fixado por um juiz e pode ser diverso: estar localizável mediante equipamentos eletrónicos, apresentações periódicas num local a definir pelo Tribunal, comunicação da alteração de residência ou trabalho, proibição de se deslocar a determinados lugares, etc. A duração destas medidas é de um máximo de 5 anos (artigo 105.1 do CPE), e cabem aqui os crimes de organização ou grupo terrorista e os crimes de terrorismo (artigo 579 *bis* 2). Ao mesmo tempo, há um regime excecional, podendo mesmo haver a possibilidade de alongar a liberdade vigiada por um período máximo de 10 anos, no caso de haver condenações por um ou mais crimes de terrorismo. Importa referir que não se pode confundir a liberdade vigiada com a liberdade condicional. No que diz respeito aos crimes de terrorismo, a LO 2/2015 supriu a figura da liberdade condicional.

Do estudo dos crimes de terrorismo no CPE resulta o facto de existir uma incriminação muito ampla e intensa deste tipo de crimes no ordenamento jurídico espanhol. Aliás, em certos e determinados pontos, o CPE deixa de ter em conta a disposição típica do Direito Penal num Estado de Direito. Mais concretamente, deve referir-se que existe uma tendência recente na jurisprudência espanhola para definir a simples adesão a uma organização terrorista como um crime formal de mera adesão a uma ideologia, quando o que deve ser feito pelos tribunais é definir um conceito evidentemente delimitado. Parte desta evolução surge da transformação dos terroristas que pertencem a determinadas organizações e que apenas compartilham a orientação política com o coletivo terrorista, mas não as estruturas organizacionais. Para concluir, esta extensão no ordenamento espanhol tem tendência para a criminalização de quaisquer contactos com terroristas.

5. Financiamento

O crime de financiamento ao terrorismo está previsto no CPE desde a alteração da LO 5/2010. O novo preceito, alterado pela reforma do CPE em 2015, e disposto no artigo 576º, pune com pena de prisão de 5 a 10 anos e pena de multa quem, por qualquer meio, direta ou indiretamente, reúna, adquira, possua, converta, transmita, execute ou realize

qualquer outra atividade com bens ou valores de qualquer espécie com a intenção de que sejam utilizados, ou sabendo que serão utilizados, no todo ou em parte, para cometer qualquer crime de terrorismo. Os grupos terroristas, para sobreviverem, precisam de ser financiados, para que possam cumprir com eficácia os seus objetivos, assim como para fortalecer o núcleo dos elementos do grupo. Serão diversas as formas de financiamento, mas todas elas serão muito provavelmente ligadas a atividades clandestinas.

Em conformidade com as regras gerais em matéria de participação, o parágrafo 2º do artigo 576º, n.º 2 estabelece que, se os bens ou valores financiados chegarem a ser utilizados para a prática de crimes de terroristas, o facto se punirá por cumplicidade ou coautoria.

É importante referir que a conduta do agente poderá ser por qualquer meio, de forma direta ou indireta e, para além disso, não há a necessidade de se produzir realmente o ataque que se financiou, basta que haja a intenção.

6. Aliciamento e recrutamento de futuros terroristas

O relatório anual da segurança nacional espanhola do ano de 2016 já fazia referência, no capítulo denominado “A luta contra o terrorismo”, ao facto de Espanha ser um potencial objetivo de várias organizações terroristas⁵¹. O facto de europeus serem recrutados e radicalizados sugere uma grande vantagem para as redes terroristas, visto que estes tiram proveito da liberdade de circulação no Espaço Schengen. Já neste relatório tinha sido detetado um significativo aumento das comunicações de organizações terroristas, especialmente do DAESH, sendo detetadas ameaças genéricas sobre Espanha ou sobre o Ocidente, e ameaças de carácter concreto quando faziam referência à *Al Andalus* ou determinadas cidades espanholas. Aliás, alguns comunicados foram realizados em castelhano, o que poderá traduzir um risco de haver um grande número de cidadãos espanhóis radicalizados.

A evolução do terrorismo tem sido auxiliada pela evolução das tecnologias da informação e comunicação, que facilitam a radicalização e o recrutamento. Tal facto explica o surgimento de um novo fenómeno criminológico denominado “lobos solitários”. Nos dias de hoje, qualquer pessoa tem facilmente acesso à Internet e pode, a qualquer momento, entrar em contacto com o aparato ideológico de grupos radicalizados e instruir-se, autonomamente, sobre técnicas de ataques⁵².

O artigo 575º tipifica o que se denomina de aliciamento e treino de futuros terroristas e prevê penas de prisão de 2 a 5 anos. Esta norma pretende punir todo aquele

⁵¹ Note-se que o último ataque terrorista em Espanha sucedeu em agosto de 2017, nas Ramblas, em Barcelona, onde morreram 14 pessoas (entre elas duas portuguesas) e ficaram feridas mais de uma centena.

que receba instrução e treino militar ou de combate com a finalidade de ser preparado para cometer um crime de terrorismo. Para além disso, é punido por esta norma quem se mude para um território estrangeiro controlado por grupo ou organização terrorista com a finalidade de se integrar. Por último, também se sanciona quem concretize certas atividades de autoinstrução como terrorista, como por exemplo acedendo habitualmente a serviços de comunicação acessíveis ao público através da Internet, ou tendo em seu poder documentos que estejam dirigidos ou, pelo seu conteúdo, resultem idóneos para incitar à incorporação num grupo terrorista ou a colaborar com os seus fins⁵³. Ou seja, no fundo, um agente é punido quer pelo facto de receber o aliciamento ou treino (artigo 575, n.º 1), quer pelo facto de procurar radicalizar-se por si mesmo (artigo 575º, n.º 2)⁵⁴. Tenha-se assim em conta que se sanciona o facto de se assistir a práticas de treino como condutas de colaboração.

Porém, o artigo 577º do CPE faz a distinção entre a organização e a assistência às referidas práticas. Esta norma pune com pena de prisão de 5 a 10 anos e multa os sujeitos que levem a cabo, recebam ou facilitem atos de colaboração com atividades ou finalidades de uma organização, grupo ou elemento terrorista. Este tipo legal tem algumas especificidades, uma vez que não lesa nenhum bem jurídico, mas adianta-se nas barreiras de punição com o objetivo de reduzir ao máximo todas as formas de apoio material possível a um grupo terrorista. Os atos de colaboração devem estar vinculados com as atividades ou finalidades dos terroristas. Quando a informação ou vigilância de pessoas ponha em perigo a sua vida, integridade física, liberdade ou património, será agravada a pena.

A conduta de quem se dedica ao recrutamento de pessoas para treinarem e prepararem futuros ataques terroristas deve ser sancionada conforme o previsto no artigo 577.2 e não como conduta de participação. Um problema comum a ambas as modalidades dos crimes referidos é relativo à questão de sabermos se estamos perante conceitos sinónimos. Ou seja, se é condenada apenas e só a capacitação técnica para cometer crimes de terrorismo ou se, pelo contrário, se sanciona tanto o treino no sentido estrito como o aliciamento ideológico.

Sendo assim, resultam óbvios conflitos com os direitos fundamentais seguintes: o direito à liberdade ideológica e o direito à informação. Este último encontra-se especialmente patente na conduta de aliciamento (artigo 575.2), cujos perfis constituem uma autêntica ameaça contra os já referidos direitos fundamentais e contra a presunção de inocência.

⁵³ Llobet Anglí, 2011, pp. 545-579.

⁵⁴ Puente Rodríguez, 2017, pp. 1-9.

O artigo 579º, n.º 1 do CPE pune quem, por qualquer meio, difunda publicamente mensagens que tenham como finalidade ou que, por seu conteúdo, sejam idóneas para incitar outros a cometer crimes de terrorismo, sendo condenado a uma pena inferior em um ou dois graus à prevista para o crime de que se trate.

O legislador espanhol, nas alterações de 2015, não refletiu que, com preceitos tão amplos, poderia conduzir ao grande perigo de que meros indícios fossem suficientes para uma condenação, o que pode produzir consequências com um impacto significativo.

Em suma, não há dúvidas de que uma das iniciativas mais importantes a serem levadas a cabo pelas organizações terroristas passa pela sua capacidade de recrutamento de novos membros, e em Espanha o recrutamento tem-se mantido constante⁵⁵. Portanto, o Governo espanhol deve estar alerta e investir na vigilância e em medidas de prevenção.

7. Pena de prisão permanente renovável

Para o crime de terrorismo em que o resultado seja a morte, está prevista a pena privativa de liberdade mais gravosa de todo o ordenamento jurídico espanhol, a prisão permanente renovável (artigo 573º do CPE).

Portanto, quando há uma condenação de prisão permanente renovável, no mínimo, o agente estará a cumprir a pena privativa de liberdade de 25, 28 ou 35 anos, sendo que o sujeito tem de estar reabilitado no final da pena. Depois de o agente cumprir os anos referidos anteriormente, o juiz será responsável por decidir a renovação, ou não, da pena.

Para além disso, aos condenados, a pena grave privativa de liberdade por um ou mais crimes compreendidos no capítulo do CPE dedicado aos crimes de terrorismo poderá aplicar-se a medida de liberdade vigiada de 5 a 10 anos (artigo 579 bis.2 CPE).

É importante referir que os condenados por crimes de terrorismo podem mostrar arrependimento, e o artigo 579 bis.3 estabelece que, facultativamente, poderá ser atenuada a pena quando ocorram três requisitos:

- 1.º - abandono voluntário das atividades criminosas;
- 2.º - apresentação às autoridades confessando os factos;
- 3.º - colaboração plena com as autoridades de forma a auxiliar no impedimento da prossecução de possíveis atos terroristas e ajuda na obtenção de provas para a identificação de outros terroristas.

⁵⁵ Marco Mañas, 2009, pp. 76-79.

Ademais, o artigo 579 *bis*. prevê ainda a possibilidade de os tribunais atenuarem a pena. Para que tal aconteça, os juízes terão de fundamentar devidamente na sentença tal decisão e atender ao facto, aos meios empregues e ao resultado produzido. Pelo contrário, o artigo 580⁵⁶ estabelece com determinados requisitos que seja agravada a pena quando exista reincidência internacional.

A pena de prisão permanente renovável é uma pena privativa de liberdade grave, como assim o estabelecem os artigos 33.2⁵⁷ e 35⁵⁸ do CPE. Trata-se de uma pena excecional porque fica reservada para os crimes de extrema gravidade. É uma pena de carácter preceptivo para o juiz, ou seja, é de aplicação obrigatória e não tem lugar a discricionariedade do mesmo (não é de aplicação facultativa). Segundo Lascuraín⁵⁹, uma pena permanente é desumana, para além disso, o facto de ser renovável traduz a sua imprecisão, o que mostra uma autêntica regressão penal. O autor refere que o facto de uma norma penal ser possível a nível constitucional, não é sinónimo de que aquando da sua aplicação esta tenha mais efeitos positivos do que negativos, e muito menos que estas medidas irão alterar o mundo para melhor.

Em suma, a pena de prisão permanente renovável aplicada em Espanha desde 2015 pode ser excessiva se as revisões forem aplicadas como se de renovações automáticas se tratassem. Ainda não sabemos que efeitos surtirá porque só daqui a cerca de 25 anos é que haverá a primeira revisão de uma pena desta índole. Porém, num Estado de Direito não são, em princípio, admitidas penas indeterminadas e se a segurança jurídica é importante no pagamento dos impostos imagine-se a importância no que toca à liberdade.

Capítulo IV – o crime de terrorismo em Portugal

1. Enquadramento

Há quem duvide e negue por completo a probabilidade de Portugal ser vítima de um ataque terrorista⁶⁰. Porém, apesar de Portugal ser um país de brandos costumes, faz parte do grande Espaço Schengen, que engloba um conjunto de países europeus. No entanto, se estes países tiverem um sistema securitário mais apertado, poderá por sua vez a ameaça em Portugal aumentar. Para além disso, Portugal foi um dos três países

⁵⁶ Este artigo prevê que, para todos os crimes de terrorismo, a sentença de um juiz ou tribunal estrangeiro seja equiparada aos acórdãos dos juízes ou tribunais espanhóis para efeitos da aplicação da circunstância agravante da reincidência.

⁵⁷ Artigo 33.2 do CPE: “São penas graves: a) prisão permanente renovável”.

⁵⁸ Artigo 35 do CPE: “São penas privativas de liberdade a prisão permanente renovável, a prisão, a localização permanente e a responsabilidade subsidiária por falta de pagamento de multa. O seu cumprimento, assim como os benefícios penitenciários que suponham diminuição da condenação, serão ajustados ao disposto nas leis e neste Código”.

⁵⁹ Lascuraín Sánchez, 2015, pp. 296-297.

⁶⁰ Cfr. Santos, 2016, pp. 52-56.

que apoiou os EUA, juntamente com Espanha e Inglaterra, na Cimeira das Lajes nos Açores em 2003, o ponto de partida para a intervenção no Iraque. De todos os países presentes na Base das Lajes, Portugal foi o único que ainda não sofreu nenhum atentado por parte da Al-Qaeda. Aliás, os militares portugueses continuam a participar em missões no Iraque e no Afeganistão. Contudo, Portugal tem uma vantagem por oposição ao que acontece com outros países da Europa, que é o facto de a população ser bastante homogénea, tendo a maior parte da população portuguesa as mesmas convicções morais e religiosas. Não admitimos que este facto esteja diretamente relacionado com o facto de existir ou não maior grau de ameaça de terrorismo. Mas, não podemos deixar de referir que Portugal, em comparação com Espanha, apresenta uma percentagem mínima de praticantes da religião muçulmana. De aproximadamente 10 milhões de habitantes em Portugal, estima-se que existam apenas 50 mil muçulmanos⁶¹, enquanto em Espanha, de cerca de 45 milhões de habitantes, existem quase 2 milhões de muçulmanos⁶². Assim, a população muçulmana em Espanha representa mais de 4% da população total⁶³, enquanto em Portugal representa apenas 0,5%.

Diferentemente do que se passou em Espanha, Portugal não sofreu, até agora, diretamente com o problema do terrorismo⁶⁴. Se, desafortunadamente, Portugal fosse vítima de um grave ataque terrorista, estaria o país pronto para reagir? Saberíamos a justiça lidar com situações de terrorismo como as que ocorreram recentemente em Espanha e noutros países da Europa? Não pode ignorar-se o facto de existir uma probabilidade, por pequena que seja, de Portugal ser vítima de um ataque terrorista. Não deixar-se a prevenção de ataques para depois destes acontecerem. Tem de existir uma preparação e uma atualização que se adaptem a uma prevenção eficaz, de forma a evitar possíveis ataques desta natureza. Se existem medidas de prevenção que outros países consideram indispensáveis, não há motivo para Portugal não seguir o mesmo caminho.

⁶¹ De acordo com dados disponíveis no site da *Comunidade Islâmica de Lisboa*, referentes a 15 janeiro 2016, retirados de <http://www.comunidadeislamica.pt/pt/comunidade-islamica-2/comunidade-islamica-em-portugal/quantos-somos>.

⁶² De acordo com dados disponíveis em <http://countrymeters.info/pt/SPAIN>.

⁶³ Note-se que, segundo dados recolhidos pela União das Comunidades Islâmicas de Espanha (CIE) e o Observatório Andalusia no Estudo Demográfico da população muçulmana, retirados de: <http://www.europapress.es/sociedad/noticia-crece-14-poblacion-musulmana-espana-195-millones-20180213191550.html>, “o número de muçulmanos que residem em Espanha aumentou 1,4 % no ano de 2017, passando de 1,91 milhões em 2016 para 1,95 milhões em 2017”.

⁶⁴ Apesar de Portugal já ter sido alvo de várias ameaças diretas por parte do DAESH. Cfr. <http://observador.pt/2014/08/12/um-califado-seculo-xxi/> ou <http://expresso.sapo.pt/sociedade/2016-03-31-Portugal-e-Hungria-alvo-de-ameaca-direta-do-Daesh> ou <https://www.dn.pt/mundo/interior/estado-islamico-volta-a-ameacar-peninsula-iberica-agora-em-castelhana-8724688.html>.

2. Constituição da República Portuguesa

Foi com a revisão constitucional de 1989 que o legislador português introduziu pela primeira vez o termo “terrorismo”, designadamente no artigo 210º, n.º 1, atual artigo 207º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa (CRP), afastando a possibilidade de o tribunal de júri intervir nos crimes de terrorismo⁶⁵.

Após os atentados de 11 de setembro de 2001 nos EUA, a nova revisão constitucional (Lei Constitucional n.º 1/2001, de 13 de novembro) alterou novamente questões relacionadas com o terrorismo, atribuindo novas competências aos Órgãos de Polícia Criminal (OPC), aditando uma salvaguarda ao n.º 3 do artigo 34º da CRP: “Ninguém pode entrar durante a noite no domicílio (...), salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo”.

Num Estado de Direito, a justiça penal não se pode desligar do sistema constitucional de direitos, liberdades e garantias. Esta existe para assegurar o exercício livre e responsável dos direitos constitucionalmente consagrados a todos os membros da comunidade⁶⁶. Logo, no ordenamento jurídico português, todas as restrições de direitos operadas pelo Direito Processual Penal têm, como norma de referência, o artigo 18º, n.º 2 e n.º 3 da CRP⁶⁷.

O princípio do Estado de Direito democrático (artigo 2º da CRP) limita as possibilidades de luta contra o terrorismo⁶⁸. Um dos motivos pelos quais existem limites e divergências nas medidas a tomar para a prevenção do terrorismo tem a ver com a configuração democrática dos Estados, sendo, de certa forma, o valor a pagar por vivermos num Estado livre com direitos assegurados. Para além disso, concretizam estas limitações a consagração das garantias da defesa em processo penal (artigo 32º, n.º 1), a proibição de discriminações baseadas na origem étnica ou em credos políticos e religiosos (artigo 13º, n.º 2), e a restrição das interceções de comunicações a casos especialmente graves em que haja processo-crime anteriormente instaurado, e sempre com intervenção do juiz (artigo 34º, n.º 4, d 32º, n.º 4). Assim, o problema que o terrorismo internacional traz ao Direito é a necessidade de encontrar um novo equilíbrio entre as necessidades de segurança nacional e as do respeito pelos direitos

⁶⁵ Cfr. com o artigo 207º, n.º 1 da CRP: “O júri, nos casos e com a composição que a lei fixar, intervém no julgamento dos crimes graves, salvo os de terrorismo e os de criminalidade altamente organizada, designadamente quando a acusação ou a defesa o requeiram”.

⁶⁶ Santos, 2016, pp. 84 a 86.

⁶⁷ O artigo 18º, n.º 2 da CRP prevê que “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Já o n.º 3 da mesma norma faz constar que “As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir caráter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

⁶⁸ Pereira, 2004, p. 7.

fundamentais⁶⁹. Em determinadas circunstâncias, os Estados podem ver-se obrigados a restringir direitos fundamentais para combater o terrorismo. Nesta matéria, Gomes Canotilho e Vital Moreira⁷⁰ elucidam que o artigo 27º da CRP, ao garantir, ao mesmo tempo, o direito à liberdade e o direito à segurança, reúne dois direitos que, embora sejam diferentes, estão intimamente ligados desde a sua formulação nas primeiras constituições liberais. O direito à liberdade não é um direito absoluto, admitindo restrições, que são privações, totais ou parciais, desta (n.º 2 e n.º 3 do artigo 27º CRP). Aliás, segundo o princípio da tipicidade constitucional das medidas privativas de liberdade, a lei não pode criar outras restrições que não as previstas.

Em suma, o respeito pelos princípios de um Estado de Direito democrático na luta contra o terrorismo pressupõe também uma obrigação assumida pelos países enquanto membros de organizações internacionais de segurança e defesa. Quer a OTAN (Organização do Tratado Atlântico Norte), quer a UE, quer outras organizações internacionais de que tanto Portugal como Espanha são membros contribuem para um enquadramento formal para a luta contra o terrorismo. Porém, são evidentes as dificuldades em encontrar um equilíbrio entre os direitos e as medidas de prevenção e combate ao terrorismo.

3. Instrumentos de combate ao terrorismo

Dos instrumentos de combate ao terrorismo previstos no ordenamento jurídico português, podem ser destacados os seguintes: a Lei de Combate ao Terrorismo, Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto, que sofreu diversas alterações, nomeadamente: a alteração da Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, que estabelece medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento de vantagens de proveniência ilícita e ao financiamento do terrorismo; e a alteração da Lei n.º 17/2011, de 3 de maio, que criminaliza o incitamento público à prática de infrações terroristas, o recrutamento para e o treino para o terrorismo⁷¹, dando cumprimento à Decisão-Quadro n.º 2002/475/JAI, do Conselho, de 28 de novembro.

Outra das medidas aplicadas para o combate ao terrorismo em Portugal é a denominada Estratégia Nacional de Combate ao Terrorismo (ENCT), aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 7-A/2015, de 19 de fevereiro, que surgiu como um instrumento amplo no combate ao terrorismo e acaba por revestir-se de relevância e características merecedoras de particular atenção, nomeadamente a intenção exposta nas linhas orientadoras deste projeto que pretende a mobilização, coordenação e

⁶⁹ Freitas do Amaral, 2003, p. 21.

⁷⁰ Vital Moreira & Canotilho, 2014, pp. 475-485.

⁷¹ Trata-se de uma alteração à Lei n.º 52/2003, de 5 de junho, de combate ao terrorismo.

cooperação de todas as estruturas nacionais e uma concretização, ao nível nacional, europeu e internacional, de combate ao terrorismo⁷².

Para isso, a ENCT estruturou cinco pilares fundamentais⁷³:

1- **Detetar**, acionando a identificação precoce de potenciais ameaças terroristas mediante a aquisição do conhecimento essencial para um combate eficaz;

2- **Prevenir**, conhecendo e identificando as causas que determinam o surgimento de processos de radicalização, de recrutamento e de atos terroristas;

3- **Proteger**, reforçando a segurança dos alvos prioritários, reduzindo quer a sua vulnerabilidade, quer o impacto de potenciais ameaças terroristas;

4- **Perseguir**, desmantelando ou até mesmo neutralizando as iniciativas terroristas, projetadas ou em execução, e as suas redes de apoio, impedindo as deslocações, as comunicações, o acesso ao financiamento e aos materiais utilizáveis em atentados, submetendo os fenómenos terroristas à ação da justiça;

5- **Responder**, gerindo operacionalmente todos os meios a utilizar na reação a ocorrências terroristas. A capacidade de resposta permite limitar as consequências de um ato terrorista quer ao nível humano, quer ao nível das infraestruturas⁷⁴.

Esta estruturação representa um avanço face à estratégia de luta contra o terrorismo da UE, uma vez que acrescenta o pilar detetar. Esta diferença acaba por ter um significado relevante, uma vez que é evidente a importância que o legislador português atribui aos mecanismos de antecipação e identificação precoce da ameaça terrorista. Aquando da aprovação do documento, a estruturação da ENCT quis prever uma maior cooperação entre as Forças Armadas e as restantes forças e serviços de segurança⁷⁵. Inclusive, poucos meses após a aprovação da ENCT, foi aprovada a proposta de revisão da Lei do Sistema de Informações da República Portuguesa⁷⁶ (SIRP). Esta, entre outras matérias, previa a possibilidade de acesso a comunicações, nomeadamente dados de tráfego de comunicações telefónicas, ou a dados de localização, tal como já acontece na maioria dos países europeus. Porém, o posterior “chumbo” do Tribunal Constitucional⁷⁷ a esta proposta foi um entrave à estratégia apresentada. Assim, o primeiro pilar, que fazia constar um dos aspetos mais importantes no combate ao terrorismo, está delimitado legalmente em Portugal, não existindo permissão para se

⁷² Cfr. com a Resolução do Conselho de Ministros no 7-A/2015, de 19 de fevereiro, retirada de http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2525&tabela=leis&ficha=1&pagina=1, acedido em 26 de abril de 2018.

⁷³ Note-se que, em Portugal, a ENCT tem mais um pilar do que o previsto em Espanha: o pilar do “detetar”.

⁷⁴ Pereira, 2004, p. 7.

⁷⁵ Professora Doutora Anabela Miranda Rodrigues, Ministra da Administração Interna no XIX Governo Constitucional, de novembro de 2014 a outubro de 2015.

⁷⁶ Pereira, 2004, p. 7.

⁷⁷ Cfr. Acórdão n.º 403/2015 do Tribunal Constitucional.

interceptar comunicações para que exista uma identificação precoce de potenciais ameaças terroristas.

Em suma, os objetivos principais da ENCT consistem em detetar precocemente possíveis ameaças, prevenindo, conhecendo e identificando as causas que determinam o aparecimento de processos de radicalização. Para além disso, pretendem proteger os alvos dos ataques, perseguindo as iniciativas terroristas com todos os meios possíveis, de forma a reagir a ocorrências de forma eficaz. Todas estas medidas são positivas no auxílio ao combate a este fenómeno, sendo desfavorável o facto de existirem delimitações legais para se conseguirem cumprir.

4. Lei de combate ao terrorismo

Em Portugal, o crime de terrorismo encontra-se previsto na Lei n.º 52/2003 de 22 de agosto, denominada Lei de combate ao terrorismo.

Em primeiro lugar, importa referir que o crime de organização terrorista é distinto do crime de associação criminosa, previsto no artigo 299º do CP, devido à sua natureza e pela sua especial gravidade e perigosidade, o que justifica uma qualificação⁷⁸.

A lei que regula o crime de terrorismo em Portugal foi alterada pela declaração de retificação n.º 16/2003, de 29 de outubro, que veio revogar os artigos 300º e 301º do Código Penal português (CP). Mesmo após a revogação destes artigos, o terrorismo deve continuar a ser visto segundo dois pontos de vista⁷⁹: o da organização terrorista, ou seja, o terrorismo *lato sensu*, que passa pela formação, promoção, adesão, apoio, chefia e direção do grupo terrorista (artigo 2º da Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto)⁸⁰. Em segundo lugar, o terrorismo *stricto sensu*, que consiste na prática de atos terroristas individuais (artigo 4º da mesma lei).

Para além disso, da Lei de Combate ao Terrorismo resulta a ideia de que o fenómeno do terrorismo é transnacional. Ademais, em comparação com o que a lei veio revogar, podemos reparar que, para além da previsão e punição dos crimes de organização terrorista (artigo 2º) e de terrorismo (artigo 4º), são acrescentados os crimes de outras organizações terroristas (artigo 3º) e de terrorismo internacional (artigo 5º). Estas alterações estão inteiramente ligadas aos graves ataques de 2001 nos EUA, que provocaram uma consciencialização de que as medidas de segurança e a

⁷⁸ Cfr., a título de exemplo e no que diz respeito à censurabilidade e dos crimes de terrorismo em geral, Nabais, 1996; Figueiredo Dias, 2001; e ainda Palma, 2002.

⁷⁹ Cfr. com o facto de estes artigos terem sido revogados pelo artigo 11º da Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto, que aprovou “a previsão e punição dos atos e organizações terroristas, em cumprimento da Decisão n.º 2002/475/JAI, do Conselho Europeu de 13 de junho, relativa à luta contra o terrorismo”.

⁸⁰ De realçar, no que diz respeito à constituição de organizações terroristas, que o legislador decidiu levar a incriminação o mais longe possível, abrangendo os atos preparatórios (artigo 2º, 4 da Lei n.º 52/2003).

política criminal a adotar teriam de ser de cariz global, fazendo com que haja uma tentativa de aproximação da legislação penal entre os países.

No sistema jurídico-penal português, diferentemente do que acontece em Espanha, não se admite pena de prisão permanente passível de revisão, nem existe legislação especial que preveja uma proteção e apoio às vítimas de terrorismo. Mas, não podemos deixar de referir que a Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV) disponibilizou um conjunto de medidas de apoio nestas situações⁸¹.

Nos termos do artigo 23º da Lei de Segurança Interna, aprovada pela Lei 59/2015, de 24 de junho, Portugal possui uma Unidade de Coordenação Antiterrorista (UCAT) com funções limitadas e de restrita composição. Ao contrário de Espanha, Portugal não possui um Grupo Nacional de Luta Contra a Radicalização Violenta. A competência para a investigação de crimes de terrorismo está inteiramente reservada à Polícia Judiciária (artigo 7º, n.º 2 al. l) da Lei 49/2008, de 27 de agosto – Lei de organização da Investigação Criminal).

Em síntese, a lei de combate ao terrorismo em Portugal realça a necessidade de uma reflexão geral das preocupações nacionais e internacionais quanto à ameaça global que os atos de terrorismo representam, devido à grave violação dos valores universais da dignidade humana, da liberdade, da igualdade, da solidariedade, do respeito pelos direitos humanos e das liberdades fundamentais⁸². Importa realçar que a Lei do Combate ao Terrorismo é reflexo das determinações da Decisão-Quadro n.º 2002/475/JAI, do Conselho, de 13 de junho.

5. Código do Processo Penal

Em Portugal, os meios de obtenção de prova estão previstos no Código do Processo Penal (CPP), e têm como base o princípio da legitimidade da prova, consagrado no artigo 125º do CPP, que determina que “são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei”, e que devem ser acompanhadas pelos limites da ordem constitucional que pretendem garantir direitos e liberdades individuais (artigos 32º, n.º 8 e 34º, n.º 4 da CRP).

A questão dos meios de obtenção de prova é importante pois estes são fundamentais para a formação da convicção do tribunal. As revistas e as buscas, consagradas nos artigos 174º e seguintes do CPP, são meios de obtenção de prova e determinam que, nos casos em que existam fundados indícios da prática iminente de um crime que coloque em causa a vida ou a integridade física, e que se trate de um crime de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, os OPC estarão

⁸¹ Cfr. APAV, 2010, retirado de http://www.apav.pt/pdf/Manual_PAX_PT.pdf.

⁸² Miranda Rodrigues, 2003, pp. 191-208.

autorizados a realizar buscas domiciliárias, ainda que sem um despacho judicial que o autorize (artigo 174º, n.º 5 e 177º CPP), sendo essa autorização obtida posteriormente e logo que possível. Importa realçar que o regime regra para revistas e buscas implica que sejam ordenadas ou autorizadas pela autoridade judiciária competente e que esta, sempre que possível, presida à diligência (artigo 174º, n.º 3 CPP).

As escutas e interceções telefónicas também são consideradas meios de obtenção de prova, e são utilizadas quando o juiz entender que aquela prova concreta seria muito difícil de obter de outra forma. A autorização é dada por despacho do Juiz de Instrução Criminal, mediante requerimento do Ministério Público (MP), e serão nomeadamente autorizadas no âmbito do terrorismo (artigo 187º, n.º 1 e artigo 189º CPP).

Já no que toca ao prazo para que seja realizado o primeiro interrogatório do arguido suspeito de terrorismo, o artigo 141º, n.º 1 do CPP prevê que será no período máximo de 48 horas após ter sido realizada a detenção. Ou seja, o prazo é igual ao previsto para qualquer outra criminalidade.

Por último, de acordo com o artigo 143º, n.º 4 do CPP, nos casos de criminalidade organizada e violenta, em que se engloba o terrorismo, o Ministério Público pode determinar que o suspeito de crime de terrorismo que se encontre detido esteja restringido integralmente a qualquer comunicação com o exterior, excetuando-se no momento que antecede o primeiro interrogatório e apenas com o seu defensor (artigo 61º, n.º 2 CPP).

6. Financiamento

A Lei n.º 83/2017, de 18 de agosto, veio estabelecer medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo e transpôs, parcialmente, a Diretiva 2015/849/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio, e a Diretiva 2016/2258/UE do Conselho, de 6 de dezembro⁸³. Para além disso, procedeu a alterações ao Código Penal português e ao Código da Propriedade Industrial⁸⁴, estabelecendo medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, designadamente novas regras destinadas a facilitar o acesso das autoridades judiciárias a informações de natureza fiscal. Assim, passam a ser submetidas ao regime de prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo todas as

⁸³ Procedendo a alterações ao Código Penal e ao Código da Propriedade Industrial revogando a Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, e o Decreto-Lei n.º 125/2008, de 21 de julho.

⁸⁴ Cfr. publicação da Ordem dos Advogados. “Lei de combate a branqueamento e financiamento de terrorismo entra em vigor” publicada a 17 de setembro de 2017, retirada de <https://portal.oa.pt/comunicacao/imprensa/2017/09/17/lei-de-combate-a-branqueamento-e-financiamento-de-terrorismo-entra-em-vigor>.

transações em dinheiro superiores a 10 mil euros efetuadas por entidades não financeiras. A lei define ainda que ficam sujeitas a procedimentos de identificação e diligência as transações ocasionais de montante igual ou superior a 15 mil euros, independentemente de a transação ser realizada através de uma única operação ou de várias operações aparentemente relacionadas entre si. Por último, ficam sujeitas ainda as transferências de fundos de montante superior a mil euros e quaisquer outras operações que, independentemente do seu valor e de qualquer exceção ou limiar, se suspeite que possam estar relacionadas com o branqueamento de capitais ou com o financiamento do terrorismo (artigo 23º da lei acima mencionada).

O diploma alarga o conceito de pessoas politicamente expostas, passando a incluir familiares como alvo de um acompanhamento especial por parte das instituições financeiras. Ademais, prevê ainda a criação de um Registo Central de Beneficiário Efetivo, que terá informação sobre os beneficiários, informações básicas como a estrutura de propriedade da empresa, a denominação social e a prova da sua constituição.

A legislação reforça ainda os poderes do Departamento Central de Investigação e Ação Penal, permitindo que esta estrutura do MP “aceda diretamente a informação em matéria fiscal e tributária” no âmbito de investigação relacionada com branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo. O diploma confere também especial importância à troca de informações entre autoridades e, em especial, pela Unidade de Informações Financeiras da Polícia Judiciária, estipulando normas sobre cooperação nacional e internacional.

O Banco de Portugal submeteu a consulta pública, no início de 2018, um projeto de aviso sobre a prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo que irá regulamentar especificamente medidas aplicáveis a várias situações e entidades. Trata-se das condições de exercício dos deveres preventivos, que entraram em vigor em setembro de 2017, previstos na lei relativa às medidas de combate ao branqueamento de capitais, ao financiamento do terrorismo, aos meios e mecanismos necessários ao cumprimento pelas entidades financeiras, e aos deveres previstos no âmbito das medidas restritivas aprovadas pela ONU ou pela UE. Inclui ainda as medidas que os prestadores de serviços de pagamento devem adotar para detetar as transferências de fundos em que as informações sobre o ordenante ou o beneficiário são omissas ou incompletas. Resumidamente, e segundo o Banco de Portugal, em geral, o aviso não vem onerar mais as entidades financeiras relativamente ao quadro legal vigente. Adota apenas os deveres e as obrigações previstos nos diplomas legais às realidades operativas concretas e específicas das entidades financeiras, detalhando e

exemplificando os meios e os procedimentos que estas entidades devem utilizar em matéria de Prevenção de Branqueamento de Capitais e Financiamento ao Terrorismo.

7. Características gerais do sistema sancionatório português

O sistema sancionatório português rege-se claramente pelo princípio da humanidade, recusando sempre a pena de morte e recusando, regra geral, as sanções de carácter perpétuo (artigos 24º, n.º 1 e 30º, n.º 1, da CRP). Isto porque, nos casos de perigosidade do agente por anomalia psíquica e sem viabilidade no tratamento em meio aberto, há possibilidade da prorrogação sucessiva de medidas de segurança privativas de liberdade (artigo 30º, n.º 2 da CRP e 92º, n.º 3 do CP).

Em Portugal, as penas privativas de liberdade constituem a *ultima ratio* da política criminal na necessidade de intervenção penal e da proporcionalidade das sanções penais (artigo 18º, n.º 2, da CRP e, entre outros, os artigos 70º e 98º do CP). Para além disso, é um sistema tendencialmente monista. Ou seja, é um sistema que, regra geral, não aplica ao mesmo agente, pelo mesmo facto, uma pena e uma medida de segurança privativas de liberdade, e, por esse motivo, surgiu um regime da pena relativamente indeterminada (artigos 83º e seguintes do CP)⁸⁵. Mais se acrescenta que, no ordenamento jurídico português, a pena tem como finalidade principal a proteção de bens jurídicos e, sempre que seja possível, deve existir um esforço para a reintegração do agente na sociedade.

Todas as penas de prisão em Portugal são de duração limitada e definida (artigo 30º, n.º 1 CRP). Os limites gerais de duração da pena de prisão são de, no mínimo, 1 mês e, no máximo, de 20 anos (artigo 41º, n.º 1, do CP), mas o limite máximo poderá, excecionalmente e em situações previstas na lei, ser alargado até aos 25 anos de prisão (artigo 41º, n.º 2 do CP). Os crimes de terrorismo ou terrorismo internacional em Portugal cabem nesta exceção da extensão até aos 25 anos (artigos 4º e 5º da Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto, alterada pela Lei n.º 60/2015, de 24 de junho). Contudo, importa realçar que, em caso algum, em Portugal, o limite máximo de 25 anos pode ser ultrapassado (artigo 41º, n.º 3 do CP)⁸⁶. Daqui advém a dúvida de saber se os limites máximos de pena de prisão (20 anos e, excecionalmente, 25 anos) são adequados e suficientes para possíveis crimes terroristas de enorme gravidade. Porém, mesmo que o presumível terrorista seja condenado a pena máxima, o Tribunal de Execução de Penas poderá colocar o agente em liberdade condicional, quando se encontrar cumprida metade da sua pena. Por outras palavras, o que acaba de ser dito é que o condenado à pena máxima prevista no ordenamento jurídico português pode, a partir dos 12 anos e

⁸⁵ Antunes, 2015, p. 19.

⁸⁶ Antunes, 2015, pp. 24-26.

seis meses de pena cumprida, passar a estar em liberdade. Tal não nos parece suficiente quando são perpetrados crimes em circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade, como pode acontecer nos crimes de terrorismo. O próprio Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, num seu acórdão de 9 de julho de 2013, considera que a pena de prisão perpétua é válida e não viola nenhum direito fundamental do condenado, mas após um máximo de 25 anos deve ser apreciada a possibilidade de concessão de liberdade condicional.

Conclusão

A luta contra o terrorismo tornou-se uma preocupação e prioridade para toda a comunidade internacional, uma vez que abala os Direitos do Homem e o Estado de Direito democrático. Para além disso, o terrorismo ataca os valores que estão no cerne da Carta das Nações Unidas, tendo um impacto direto no exercício de vários direitos humanos, em particular o direito à vida, à liberdade e à integridade física. Ademais, os ataques podem destabilizar Governos, enfraquecer a sociedade civil, pôr em causa a paz, a segurança, e ameaçar o desenvolvimento social e económico. Portanto, e tendo em conta o facto de o terrorismo afetar valores tão importantes, é necessário, e urgente, definir o seu conceito, para que se possa intervir no combate a este fenómeno de forma mais eficiente.

Uma das principais particularidades do terrorismo são as vítimas que, como se explicou nesta dissertação, são escolhidas aleatoriamente, o que causa na sociedade um medo coletivo gerado pelo receio da repetição de novos ataques.

Para além disso, analisámos o possível enquadramento do crime de terrorismo no Direito Internacional Criminal. Apesar da possível integração como crime de guerra ou como crime contra a humanidade, defendemos que o terrorismo deve ser consagrado como crime internacional autónomo no Estatuto do TPI, uma vez que este fenómeno apresenta, nos dias de hoje, uma elevada ameaça à paz e à segurança internacional.

Durante a investigação, foram surgindo várias perplexidades sobre a prevenção e reação ao terrorismo nos países da Península Ibérica. No que concerne a Portugal, apesar de nunca ter sido vítima de um ataque terrorista, não se pode descurar a questão, e o país tem de se precaver. Espanha, pelo contrário, tem sido por diversas vezes vítima de atos de terrorismo e, portanto, tem de constantemente fortalecer os seus meios para que possa prevenir ataques e intervir rapidamente para evitar tragédias.

No que diz respeito a Portugal, a Estratégia Nacional de Combate ao Terrorismo é uma boa iniciativa, que visa favorecer e procurar uma articulação entre as forças e serviços de segurança. Porém, e desafortunadamente, a estratégia está delimitada legalmente, o que impede que os serviços de *intelligence* portugueses, tal como acontece

na maior parte da Europa, possam fazer interceções de comunicações para uma identificação precoce de potenciais ameaças terroristas. Isto é preocupante, e Portugal tem de acautelar-se, visto que, apesar de ter um nível de ameaça terrorista mais baixo do que outros países da Europa, nenhum país do mundo está imune ao terrorismo.

Ademais, a luta contra o terrorismo tem representado nos ordenamentos jurídicos das sociedades democráticas um conflito entre a liberdade e a segurança, que são dos princípios essenciais quer das pessoas, quer dos Estados. Na regulação deste fenómeno podem estar em causa valores básicos de sistemas constitucionais liberais. Tal como vimos anteriormente, a liberdade e a segurança não podem ser valores rivais, têm, sim, de se complementar. Um sistema democrático está obrigado, à partida, a acatar determinados compromissos, sendo fundamental o equilíbrio entre estes dois princípios. Tal como verificámos, o aumento da criminalidade violenta na Europa traduz uma situação de perigo para as liberdades e para os direitos fundamentais. Tais factos vieram avivar a discussão entre a missão exercida pelo Direito Penal na proteção dos bens jurídicos considerados essenciais ao desenvolvimento pacífico das sociedades democráticas. Mais do que qualquer outro ramo do direito, o Direito Penal e as Constituições encontram-se lado a lado nesta luta contra o terrorismo, devendo existir respeito pelas liberdades democráticas e pelos direitos fundamentais dos cidadãos. A necessidade de restrição de alguns direitos fundamentais como a forma mais eficaz de combate ao terrorismo tem sido uma ideia bastante discutida e que divide opiniões. Esta é uma problemática com uma certa particularidade e que requer uma especial atenção. Isto porque introduzir restrições dentro de um ordenamento jurídico-constitucional pode colocar em causa a própria razão de ser dos Estados de Direito. Portanto, a segurança é um direito fundamental consagrado nas constituições (artigo 27º da CRP e no seu preâmbulo e logo no artigo 17º, n.º 1 da CE) e deve ser protegida e assegurada pelos Estados. Assim, concordamos que, em certas circunstâncias, possa haver uma restrição de outros direitos fundamentais, para que se possa garantir a segurança dos cidadãos. Acima de tudo, os Estados devem estar cientes de que a primeira obrigação é proteger a vida.

Para concluir, a ideia que retemos após a realização desta pesquisa debruça-se sobre os limites dos sistemas sancionatórios perante o crime de terrorismo. A justificação das consequências jurídicas nos países da Península Ibérica deve ser definida e justificada através de critérios que respeitem os princípios e os direitos fundamentais garantidos pelas Constituições. Em Espanha, um agente condenado pelo crime de terrorismo terá como pena máxima a pena mais grave prevista no CPE, ou seja, a pena de prisão permanente renovável. Esta pode facilmente sofrer várias renovações, fazendo com que o condenado seja privado de liberdade toda a sua vida. A primeira

revisão da pena será, por regra geral, ao fim de 25 anos de privação de liberdade. Excecionalmente, a reforma da lei penal espanhola prevê prazos de revisão extraordinários de 28, 30 ou 35 anos. Podemos dizer que o sistema sancionatório espanhol é digno e constitucional? A pena incerta, de provável caráter perpétuo, será admissível perante os direitos, liberdades e garantias de um Estado de Direito? Ficamos com sérias dúvidas. Em Portugal, a situação é distinta. Na eventualidade de ocorrer um grave ataque terrorista no nosso país, no máximo, um terrorista poderia ser condenado a 25 anos de prisão. Aliás, importa realçar que, em Portugal, o condenado teria direito a liberdade condicional obrigatória. Assim, um terrorista, aqui, estaria privado da sua liberdade por um período sempre inferior a 25 anos. Em suma, admitimos que uma pena inferior a 25 anos de privação de liberdade não será suficiente para crimes desumanos como os perpetrados por terroristas, que propagam a destruição e o medo. Já a pena de caráter perpétuo, prevista em Espanha desde a Reforma da Lei Penal em 2015, parece-nos excessiva, uma vez que a faculdade de revisão nas penas permanentes renováveis permite a perpetuidade das mesmas.

Importa referir que, na Europa democrática, vários Estados contemplam a pena de prisão permanente renovável no seu ordenamento jurídico, inclusive o TPI, que, no julgamento de crimes graves que ponham em causa a comunidade internacional, pode aplicar a prisão perpétua.

Para concluir, não nos parecem suficientes os limites sancionatórios previstos no ordenamento jurídico português, uma vez que os crimes de terrorismo afetam gravemente os bens jurídicos fundamentais. Porém, consideramos que a pena de caráter perpétuo aplicada no ordenamento jurídico espanhol poderá ser excessiva e contrária aos princípios dos Estados de Direito democráticos, existindo também um retrocesso na evolução do direito penal. Assim, deveria existir um equilíbrio nos limites das penas, de forma a não ultrapassar a essência de um Estado livre e igualitário, e que visasse assegurar os direitos e garantias previstos nas Constituições.

Bibliografia

- ALONSO, R. A. (2005). Terrorism, human rights and law enforcement in Spain. *Terrorism and political violence*, n.º 17 (1-2), pp. 265-278.
- ALVAREZ, F. E. (1983). La legislación antiterrorista: Una huida hacia el derecho penal. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 68, pp. 161-192.
- ANTUNES, M. J. (2015). *Consequências jurídicas do crime*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ANTUNES, M. J. (2018). *Direito processual penal*. Coimbra: Almedina.
- ASSUNÇÃO, M. L. (2001). Apontamento sobre o crime contra a humanidade, In AAVV, *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. 1. Coimbra: Almedina.
- BATARRITA, A. (2002). Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad, fines políticos últimos y fines de terror instrumental. *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, pp. 41-85.
- BONNATE, L. (2006). *Terrorismo internazionale*. Firenze, Itália: Guinti Editore.
- CANCIO MELIÁ, M. (2010). *Delitos de terrorismo: Estructura típica e injusto*. Madrid: Reus.
- CANOTILHO, J. J. (1986). *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina.
- CASSESE, A. (2013). *Cassese's international criminal law*. Oxford: Oxford University Press.
- DURÁN, M. C. (2010). *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- FARIA, F. (2007). *Papel dos media na luta contra o terrorismo*. Lisboa: Instituto da Defesa Nacional.
- FIGUEIREDO DIAS, J. (2001). *Comentário conimbricense do Código Penal Português – Anotado e comentado, Artigos 299º, 300º e 301º, 14.ª Edição*. Coimbra: Almedina.
- FIGUEIREDO DIAS, J. (2012). *Direito penal – Parte geral. Tomo I – Questões fundamentais – A doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora.
- FREITAS DO AMARAL, D. (2003). *Do 11 de Setembro à crise do Iraque, 5.ª Edição*. Lisboa: Bertrand Editora.
- GOLDER, B. A. (2004). What is terrorism? Problems of legal definition. *University of New South Wales Law Journal*, vol. 27, n.º 2, pp. 271-296.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (2005/2006). *El derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas*. Espanha: Catellón de la Plana.
- LAQUEUR, W. (2000). *The new terrorism: Fanaticism and the arms of mass destruction*. Oxford: Oxford University Press.
- LARA, A. D. (2011). *Ciência política: Estudo da ordem e da subversão*. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (2015). *Introducción al derecho penal*. Madrid: Thomson Reuters.
- LLOBET ANGLÍ, M. (2007). La ficticia realidad modificada por la Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas y sus perversas consecuencias. *Indret, Revista Para el Análisis del Derecho*, pp. 3-31.

LLOBET ANGLÍ, M. (2009). Terrorismo y “guerra” contra el terror: Límites de su punición en un estado democrático.. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra.

LLOBET ANGLÍ, M. (2010). Derecho penal del terrorismo: Límites de su punición en un estado democrático. Madrid: La Ley Actualidad.

LLOBET ANGLÍ, M. (2011). Qué fue de la libertad de expresión y la disidencia política en la apología del terrorismo?: En busca de su bien jurídico protegido. In A. Masferrer (coord.), Estado de derecho y derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo: Una aproximación multidisciplinar, pp. 545-592. Espanha: Thomson Reuters-Aranzadi.

LLOBET ANGLÍ, M. (2013). Terrorismo: Límites entre delito y guerra: La falacia del eslogan “guerra contra el terrorismo”. In R. P. Maya (coord.), Discriminación, Principio de jurisdicción universal y temas de derecho penal, pp. 535-564. Bogotá, Espanha: Ediciones Uniandes.

LLOBET ANGLÍ, M. (2015). Lobos solitarios yihadistas: Terroristas, asesinos o creyentes? Retorno a un derecho penal de autor. Colección de Investigación: Nuevas Amenazas y Desafíos Permanentes.

LLOBET ANGLÍ, M. (2015). Terrorismo o terrorismos?: Sujetos peligrosos, malvados y enemigos, Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, vol. 31, pp. 227-251.

LUKAMBA, P. (2012). Direito internacional penal. Principios fundamentais. Lisboa: Escolar Editora.

MAÑAS, F. M. (2009). La evolución organizativa del terrorismo yihadista en España (1996-2006) . Granada: Universidad de Granada, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología.

MASFERRER, A., Moreno, J. A., & Mora, J. C. (2011). Estado de derecho y derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo – Una aproximación multidisciplinar. Espanha: Thomson Reuters/Aranzadi.

MIRANDA RODRIGUES, A., “Criminalidade organizada – Que política criminal?”, Sep. de Studia Iuridica, 73, Colloquia, 12, Coimbra Editora, 2003, pp. 191-208.

MOREIRA, V., & CANOTILHO, G. (2014). Constituição da República Portuguesa anotada. Artigos 1º a 107º. Coimbra: Coimbra Editora.

NABAIS, J. (1996). Crimes de terrorismo – Bem jurídico protegido – Elementos constitutivos. Revista do SMMP, n.º 65, pp. 22-48.

NSFUN, J. E. (1985). El delito de terrorismo. Madrid: Editorial Moncorvo.

PÉREZ CEPEDA, A. (2007). El paradigma de la seguridad en la globalización: Guerra, enemigos y orden penal. In P. Faraldo Cabana (coord.), Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración, pp. 95-138. Valencia: Tirant lo Blanch.

PALMA, F. (2002). Crimes de terrorismo e culpa penal. In Colóquio Internacional de Direito Penal sobre Criminalidade Organizada. Universidade Lusíada.

PELEGRINO, C. (2002). Terrorismo e cidadania. Revista CEJ, vol. 6, n.º 18, pp. 54-62.

PEREIRA, R. (2004). Terrorismo e insegurança: A resposta portuguesa. Revista do Ministério Público, vol. 25, n.º 98, pp. 77-110.

PUENTE RODRÍGUEZ, L. (2017). El nuevo delito de autoctrinamiento terrorista. Diario La Ley, n.º 8967.

SAN PEDRO, J. G. (1993). Terrorismo: Aspectos criminológicos y legales. Madrid, Espanha: Facultad Derecho, Universidad Complutense.

SANTOS, L. dos (2016). Guerra no meio de nós. Lisboa: Clube de Autor.

SARDINHA, J. M. (1989). O terrorismo e a restrição dos direitos fundamentais em processo penal. Coimbra: Coimbra Editora.

SAUL, B. (2008). Defining terrorism in international law. Oxford: Oxford University Press.

SCHOFIELD, T. (1999). The environment as an ideological weapon: A proposal to criminalize environmental terrorism. Boston College Environmental Affairs Law Review, vol. 26, pp. 619-647.

SILVA, G. M. da (2008). Direito penal português. Parte geral. Teoria das penas e das medidas de segurança. Coimbra: Livraria Almedina.

SOULIER, G. (1987). Lutte contre le terrorisme et droits de l'homme. Revue de Science Criminelle et Droit Penal Comparé, n.º 3.

VIEIRA DE ANDRADE, J. C. (1983). Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Livraria Almedina.

WILKINSON, P. (2006). State terrorism and human rights. UK: Routledge.

Contratos de Cooperação “Horizontal”
Entre Entidades Públicas

Da jurisprudência do TJUE à consagração nas diretivas europeias de 2014 e no Código dos Contratos Públicos

Filipa Maria Pereira Leite de Calheiros Ferraz

Sob orientação do Professor Doutor Mário Aroso de Almeida

Resumo

O presente trabalho consiste na dissertação de Mestrado em Direito – especialização em Direito Administrativo apresentada na Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa sobre o tema dos “Contratos de Cooperação ‘Horizontal’ entre Entidades Públicas”. Mais especificamente, estuda os contratos de cooperação horizontal com base, sobretudo, na jurisprudência europeia, no regime das diretivas de 2014 que trouxe a sua consagração legal, e na transposição efetuada pelo legislador português no art. 5.º-A n.º 5 do CCP.

Espera-se ter contribuído com esta dissertação para uma clarificação do regime da cooperação público-pública e das vantagens que a sua celebração pode trazer às entidades adjudicantes que a ela recorram. Assim, as entidades ficarão a conhecer melhor este novo tipo contratual para que, no momento da decisão de *contracting in* ou *out*, isto é, de *make* ou *buy* (sendo possível optar), a sua escolha seja segura e estejam cientes das vantagens que a cooperação horizontal lhes pode aportar. Pretende-se que esta tese constitua mais um passo no caminho da cooperação público-pública, desejando facilitar a sua celebração, tornando-a frequente na Administração Pública, tendo em conta o contexto económico-financeiro e as restrições orçamentais da Administração Pública e das entidades adjudicantes em Portugal e na zona euro.

Palavras-Chave: Contratos de Cooperação “Horizontal” entre Entidades Públicas; Cooperação Público-Pública; Contratos entre Entidades Públicas para a realização de tarefas públicas; Diretivas 2014 de Contratação Pública; Entidades Adjudicantes; Jurisprudência do TJUE; Doutrina Hamburgo; Código dos Contratos Públicos; Contratação Excluída.

Abstract

The present work consists of the Administrative Law Master Thesis presented to the Porto Faculty of Law, Universidade Católica Portuguesa regarding “‘Horizontal’ Cooperation Contracts between Contracting Authorities”. More specifically, it studies “horizontal” cooperation contracts based on the ECJ’s jurisprudence and the 2014 European Public Procurement directives, which have created their legal dispositions, and on the transposition made by the Portuguese legislator into art. 5-A, no. 5 of the Portuguese Public Contracts Code.

We hope to have contributed herewith to a clarification of the legal dispositions of public-public cooperation and the inherent advantages to contracting authorities, so that at the moment of deciding between contracting in or out, *i.e.*, making or buying (if such a possibility exists), their choice is safer and there is greater awareness of the benefits they can obtain. We pretend for this thesis to constitute one more step towards public-public cooperation, in order to facilitate its celebration and make its use more frequent in Public Administration, mostly given to the economic and financial context and budget restrictions in Public Administration and contracting authorities in Portugal and also in the Euro zone.

Keywords: “Horizontal” Cooperation Contracts; Public-Public Cooperation; 2014 Public Procurement Directives; Contracting Authorities; ECJ Jurisprudence; Portuguese Public Contracts Code; Excluded Contracts.

Lista de siglas a abreviaturas

Ac./Acs.	Acórdão/Acórdãos
Art./Arts.	Artigo/Artigos
C/	Contra
CCP	Código dos Contratos Públicos
Cf.	Conferir
CPA	Código de Procedimento Administrativo
CRP	Constituição da República Portuguesa
N.º/N.ºs	Número/ Números
OE	Orçamento de Estado
p./pp.	Página /Páginas
PIB	Produto Interno Bruto
Proc.	Processo
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia
UE	União Europeia

ÍNDICE

Introdução	6
Capítulo I – Da exclusão do âmbito de aplicação das regras da contratação pública	8
1.1. Contratos de “cooperação horizontal”, designação pertinente?	8
1.2. Fundamentos da cooperação público-pública	8
1.3. Delimitação conceptual de figuras afins de cooperação entre entidades públicas	11
Capítulo II – Da origem do regime na jurisprudência do TJUE e sua positivação na Diretiva 2014/24/UE	12
2.1. Ponto de partida: a jurisprudência Hamburgo	12
2.2. Propostas da Comissão Europeia	15
2.3. Diretiva 2014/24/UE	16
Capítulo III – Requisitos dos contratos de cooperação para o exercício de tarefas públicas	17
3.1.1. A “tarefa pública” vs. “serviços públicos”	18
3.1.2. Tarefas públicas que lhes estão atribuídas	18
3.1.3. Tarefas a executar com uma “conexão relevante entre si”	19
3.1.4. Prestação remuneratória	20
3.1.5. Tarefas principais ou possibilidade de executar tarefas acessórias?	22
3.1.6. Tarefas públicas apenas de tipo público ou idênticas às prestadas por privados?	23
3.2. Regida exclusivamente por considerações de interesse público	24
3.2.1. Valor da remuneração	25
3.2.2. Participação privada nas entidades adjudicantes	26
3.2.3. Subcontratação	30
3.2.4. Exigência de pagamento de preço por terceiros utilizadores	32
3.3 As entidades adjudicantes não exercem no mercado livre mais de 20% das atividades abrangidas pelo contrato de cooperação	33
Conclusão	35
Anexo: Listagem da Jurisprudência e Documentos da UE	37
Bibliografia	38

Introdução

Uma das grandes novidades das diretivas europeias da contratação pública de 2014 consiste na exclusão do seu âmbito de aplicação dos contratos de cooperação horizontal entre entidades públicas. Estes contratos, que não foram considerados como contratação excluída nas diretivas de 2004, deixam de estar sujeitos à tradicional regra de sujeição da Administração Pública ao mercado livre sempre que seja necessário adquirir bens ou serviços a terceiros¹. Inserem-se na categoria dos contratos interadministrativos, isto é, contratos celebrados entre entidades adjudicantes para estabelecerem uma cooperação no exercício conjunto das atribuições, missões e tarefas públicas que lhes são comuns, em nome do interesse público. Os contratos não são subtraídos ao mercado, pois as diretivas apenas os excluem por constatarem que eles se realizam no contexto público², em que elas não operam³. Consistem numa forma moderna de organizar a execução conjunta das tarefas públicas pelas entidades adjudicantes⁴ e pretendem “a maximização da eficiência na prossecução das tarefas públicas comuns”⁵.

Numa primeira nota, o regime da cooperação horizontal está previsto nas três diretivas de 2014⁶. Porém, porque a sua maior aplicabilidade prática será no domínio dos contratos públicos, referir-nos-emos às disposições da Diretiva 2014/24/UE.

Temos assistido a uma codificação jurídica dos requisitos sucessivamente indicados pela jurisprudência do TJUE, que debutou no Ac. *Comissão c/ Alemanha*⁷ que também é conhecido por Ac. *Hamburgo*, seguida do Ac. *Azienda*⁸, sendo ambos os *leading cases* da cooperação horizontal.

Porém, deparamo-nos com uma incerteza jurídica na sua aplicação prática, como rapidamente alertou o Parlamento Europeu⁹. É que estes contratos resultam de uma dualidade em oposição constante: por um lado, a maior liberdade do mercado europeu, a livre concorrência, e, por outro, a liberdade das entidades públicas desempenharem as suas missões públicas de forma coordenada e em conjunto, autoaproveccionando-se. A tensão entre a vontade nacional de organização da execução das tarefas públicas e os objetivos económicos da UE implica uma prudência extrema na atuação do TJUE para não existir uma estratégia oculta, por parte dos Estados Membros, de fraude às regras da

¹ A contratação pública assegura a livre circulação de mercadorias e de serviços, a liberdade de estabelecimento e o respeito pelos princípios da igualdade, não discriminação em razão da nacionalidade, reconhecimento mútuo, proporcionalidade e transparência.

² Viana, 2013, p. 82, Arrowsmith, 2014, p. 527 e Karayigit, 2010, p. 197.

³ COM(2011) 15 final, de 27.01.2011, p. 23.

⁴ Castiñeira Piñeiro, 2015, p. 162.

⁵ Fernández Sánchez, 2017, p. 248.

⁶ Cf. art. 17.º, n.º 4 da Diretiva 2014/23/UE, art. 12.º, n.º 4 da Diretiva 2014/24/UE e art. 28.º, n.º 4 da Diretiva 2014/25/UE.

⁷ Acórdão do TJUE de 9 de junho de 2009, proc. C-480/06, que criou a doutrina *Hamburgo*.

⁸ Cf. ponto 9 do Ac. do TJUE de 19 de dezembro de 2012, proc. C-159/11 (Ac. *Azienda*). O âmbito subjetivo de aplicação destes contratos inclui todo o tipo de entidades públicas e não apenas as locais.

⁹ Resolução (2009/2175(INI)), de 18.05.2010.

concorrência através da celebração de contratos excluídos da contratação pública, um dos maiores receios do legislador europeu em matéria de *public procurement*.

A intervenção da UE é uma manifestação da europeização do direito administrativo nacional, porquanto vem forçar os Estados Membros a observar disposições que obrigam entes públicos independentes entre si a cumprir com certos requisitos¹⁰ para escolherem livremente as formas de desempenho das suas tarefas públicas, em nome da garantia da efetividade do direito da União Europeia e da harmonização do direito nacional dos Estados Membros. Adicionalmente, a notória importância da contratação pública no mercado europeu, representando cerca de 14% do PIB da UE em 2017¹¹, a necessidade imperiosa de redução do défice nos Estados Membros e o modo como o seu progressivo alargamento ou restrição teria impacto na conceção do direito administrativo, entre outros fatores, tornam estes contratos num dos temas atuais da contratação pública.

Portanto, urge entender, em nome da segurança jurídica, o alcance destes contratos para os definirmos e delimitarmos com alguma clareza. Assim, pretende-se com esta dissertação: 1) explicar a pertinência e atualidade da noção de cooperação horizontal e estudar a sua exclusão da contratação pública; 2) descortinar a razão de ser e as vantagens que comporta; 3) delimitá-la das figuras afins de contratação excluída; 4) mostrar o panorama que envolveu a sua positivação; 5) explicitar que é ilustrativa do fenómeno da europeização da contratação pública. Também se visa o estudo dos requisitos da cooperação horizontal e, por isso, pretende-se igualmente: 6) analisá-los detalhadamente; 7) explicitar as incertezas e dúvidas que pairam sobre esta figura, e que, com a sua novidade, a tornam num dos grandes temas da contratação pública na atualidade, e 8) apresentar o nosso entendimento sobre essas dúvidas respeitantes ao alcance dos requisitos legalmente consagrados.

Nesta senda, a primeira parte da dissertação, dedicá-la-emos à exclusão destes contratos das regras da contratação pública. Em seguida, analisaremos, detalhadamente, a origem do regime e sua positivação como contratação excluída nas diretivas de 2014. No terceiro e último capítulo, estudaremos, pormenorizadamente, os requisitos da cooperação entre entidades públicas para o desenvolvimento de tarefas públicas à luz do CCP, tendo em conta o regime das diretivas de 2014.

¹⁰ Cf. ponto 47 do Ac. *Coditel*, Acórdão do TJUE de 13-11-2008, proc. C-324/07, que explicita a livre escolha dos Estados Membros de recurso aos próprios meios na execução das suas tarefas públicas.

¹¹ COM(2017) 572 final, de 03.10.2017, p. 2.

Capítulo I – Da exclusão do âmbito de aplicação das regras da contratação pública

1.1. Contratos de “cooperação horizontal”, designação pertinente?

O tipo de cooperação horizontal em análise segue a forma não institucionalizada¹², concretizando-se na celebração de um contrato de cooperação entre entidades adjudicantes que desejem prosseguir uma tarefa pública em comum. Estes contratos são também denominados de “contratos de cooperação entre entidades públicas para a realização de tarefas públicas”, pelo legislador português, no CCP¹³, de contratos de “cooperação público-pública”, ou, ainda, de “contratos de cooperação no âmbito de tarefas públicas”, sendo equivalentes as designações.

Parte da doutrina critica atualmente a noção de “cooperação horizontal”. Para Kirkby¹⁴ e Sánchez¹⁵, está desatualizada por ter sido criada para distinguir estes contratos da contratação “vertical”, que é *in-house*. Ora, com o surgimento do *in-house* horizontal¹⁶, a horizontalidade não se esgota nos contratos de cooperação público-pública, e continuar a utilizar o binómio da verticalidade/horizontalidade é desadequado.

No nosso entender, porém, a denominação original permanece pertinente, pelo facto de a independência das entidades adjudicantes, e a posição igualitária que ocupam nas relações estabelecidas entre si, estarem na base do conceito de “horizontalidade”. E, mesmo havendo horizontalidade no *in-house* horizontal, existe aí, simultaneamente, uma relação vertical entre a entidade controladora e a controlada, e uma relação horizontal entre as entidades controladas, não se perdendo nunca no *in-house* horizontal o traço predominante de verticalidade. Logo, sem prejuízo de designações mais óbvias, pode usar-se indistintamente a noção de “cooperação horizontal” com as *supra* referidas.

1.2. Fundamentos da cooperação público-pública

As diretivas de 2014 estabelecem, a par dos princípios gerais dos Tratados, grandes orientações da contratação pública, nomeadamente regras para contratos de cooperação público-pública entre autoridades adjudicantes¹⁷. Esta positivação foi impulsionada pela

¹² A cooperação horizontal traduz-se na criação de uma entidade autónoma das entidades adjudicantes parte no contrato (institucionalizada) ou na celebração de um contrato (não institucionalizada). Cf. ponto 47 do Ac. *Hamburgo* e Arrowsmith, 2014, p. 522.

¹³ Cf. art. 5.º-A, n.º 5 do CCP, na redação do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, retificado pelas Declarações n.º 36-A/2017, de 30 de outubro, e n.º 42/2017, de 30 de novembro.

¹⁴ Kirkby, 2017, p. 5.

¹⁵ Fernández Sánchez, 2017, p. 246.

¹⁶ Realizada por entidades adjudicantes “irmãs” (controladas) dependentes da mesma entidade adjudicante controladora.

¹⁷ São autoridades adjudicantes as do art. 2.º, n.º 1, 1) da Diretiva 2014/24/UE.

pressão da Comissão em obter maior certeza jurídica¹⁸, dado a jurisprudência do TJUE ser demasiado escassa e não esclarecer, de forma clara e precisa, as situações que configuravam a cooperação “horizontal”. E foi-o também pelos Estados Membros que pugnavam por um regime mais permissivo ou, pelo menos, mais certo¹⁹, até porquanto a incerteza nesta figura é bem maior do que a existente no *in-house*.

Os alicerces da cooperação horizontal são: o art. 4.º, n.º 2 do TUE, que reconheceu o direito à autonomia administrativa regional e local, e o art. 14.º do TFUE, que decorre do reforço dos poderes próprios locais e regionais, pela revisão do Tratado de Lisboa,²⁰ e prevê o carácter abrangente destes contratos, conforme a leitura do Ac. *Hamburgo*.

Uma das vantagens que muito contribuiu para a sua positivação foi o favorecimento das potencialidades das entidades adjudicantes e o incentivo à poupança estatal²¹. As *guidelines* da UE impõem, desde 2008, aos Estados Membros orientações estritas para redução da dívida pública de forma a assegurar o bom funcionamento da zona euro. Ora, se as entidades adjudicantes forem capazes de se aprovisionar através de um esforço coordenado de aproveitamento das capacidades existentes noutras entidades adjudicantes, não devem recorrer ao mercado privado para adquirir os bens e serviços necessários à execução das tarefas públicas. Assim, a quantia despendida com a aquisição do bem ou serviço permanece nas entidades que celebram o contrato e têm financiamento público, isto é, no Estado, em sentido amplo.

Este mecanismo é muito relevante na atualidade, uma vez que as despesas dos Estados Membros em contratação pública oscilam entre os 25 a 30% da sua despesa pública total. Ou, até porque, por razões financeiras e de interesse público, a cooperação horizontal se revela, por vezes, a única possibilidade de “prosseguir um determinado objetivo partilhado por mais que uma entidade”²², na área ambiental, por exemplo, com custos dificilmente suportados a título individual e dependentes do esforço de várias entidades adjudicantes.

Ao mesmo tempo, pode conduzir à maximização da utilização dos meios humanos, técnicos e infraestruturais das entidades em cooperação, evitando-se a duplicação de tarefas, despesas e equipamentos, e realizando-se economias de escala, graças às sinergias existentes entre as entidades, reduzindo-se custos de atividade²³. Também não se lhes pode exigir que contratem no mercado quando conseguirem satisfazer no setor

¹⁸ A incerteza jurídica deve-se à diferente interpretação das decisões do TJUE pelos Estados Membros e suas entidades adjudicantes. Jurcik, 2014, p. 1309.

¹⁹ Ferreira, 2014, p. 786.

²⁰ O art. 5.º, n.º 3 do TUE estende, desde o Tratado de Lisboa, o princípio da subsidiariedade da atuação da UE ao âmbito regional e local.

²¹ A pressão para economizar [da UE] reflete-se na pressão para cooperar [dos Estados Membros]. Burgi, 2014, p. 53.

²² Pereira & Franco, 2012, p. 162.

²³ Leitão, Contratos entre entidades adjudicantes (Ac. no proc. n.º C-480/06 do TJUE), 2011, p. 130 e Bel, Fageda, & Mur, 2013, pp. 436, 448 e 450.

público essas necessidades, pois a opção pela contratação privada poderia, eventualmente, afetar o *know-how* e a produtividade dos funcionários da Administração Pública, o que, numa altura em que se exige a sua maior *performance* e produtividade, não é desejável.

Não dispondo de capacidade financeira para prosseguir individualmente muitas das suas tarefas públicas, poderia colocar-se a hipótese de parcerias público-privadas. Porém, como o investidor privado não tem interesse em todas as áreas de atuação da Administração Pública – usualmente, apenas nas que são lucrativas –, não é útil criar parcerias público-privadas nesses domínios onde nem sempre há interesse privado.

Em 2017, a Comissão Europeia orientou as entidades públicas a recorrer à contratação pública, por se tratar de um “instrumento poderoso para a utilização do erário público de forma eficiente, sustentável e estratégica especialmente em tempos de restrições dos orçamentos nacionais”²⁴.

Portugal respondeu a este nítido apelo ao autoaprovisionamento, por exemplo, na Lei do OE para 2017²⁵. Já em Espanha, a escolha da forma de gestão mais eficiente dos serviços públicos é um interesse público primário²⁶. Aliás, na Galiza, o princípio do autoaprovisionamento de bens implica que uma entidade do setor público *autonómico* realize as suas atribuições recorrendo, primeiramente, aos meios ao seu dispor, devendo, em seguida, se insuficientes, dirigir-se ao setor público *autonómico* (colaboração público-pública) e, em última instância, ao mercado (contratação pública)²⁷.

Ao mesmo tempo, o princípio da concorrência é crucial para o mercado livre: traz crescimento económico para as empresas privadas e permite às entidades adjudicantes adquirirem bens e serviços pela proposta economicamente mais vantajosa (seja o preço mais baixo ou outras modalidades). A cooperação horizontal pode ser menos favorável a longo prazo, pois, estando as entidades adjudicantes afastadas do mercado, existe o risco de não acompanharem as recentes evoluções na execução da tarefa pública pelos privados, que podem ser menos dispendiosas e mais eficazes. Além do mais, pode conduzir à diminuição da transparência entre as entidades públicas, o que aumenta o risco de discriminação em relação aos operadores privados²⁸.

No fundo, a cooperação horizontal não pode distorcer a concorrência, nem esta última lhe ser um entrave²⁹. Atente-se que a criação desta figura decorre de opções com

²⁴ COM(2017) 572 final, de 03.10.2017, pp. 2-3.

²⁵ No art. 50.º, n.ºs 1 e 2 da Lei do OE 2017, a contratação externa de pareceres, consultoria e projetos era excecional para ajudar o Estado a reduzir a despesa pública e controlar o défice orçamental. Kirkby, 2017, p. 6.

²⁶ Cf. art. 85.º da Ley 7/1985, de 2 de abril.

²⁷ Galicia, 2015, p. 4 e Iglesias Rey, 2017.

²⁸ Lottini & Giannino, 2009, p. 210.

²⁹ Leitão, Contratos entre entidades adjudicantes, 2011, p. 126.

fundamentos políticos e não de um intuito em defraudar a concorrência. Haja em vista que estes contratos já existiam em França e na Bélgica, bem antes da criação da UE³⁰.

Por fim, o recurso à cooperação público-pública não é vinculativo: as entidades públicas podem optar, de forma discricionária³¹, por submeter o contrato à concorrência, uma vez que as prestações que o compõem poderiam ser adquiridas no mercado, fosse outro o contexto contratual. Por isso, deve optar-se pela forma contratual casuisticamente mais vantajosa, sendo quase sempre a cooperação horizontal a mais benéfica.

1.3. Delimitação conceptual de figuras afins de cooperação entre entidades públicas

Antes de mais, cooperação³² não se confunde com colaboração, pois as entidades que nela participam desenvolvem conjuntamente: uma estratégia “para a resolução de problemas ou de um investimento que releva das atribuições ou competências de ambas”³³, uma “atuação voluntária e articulada numa relação paritária”³⁴, enquanto na colaboração apenas se realizam os interesses de uma das partes. Acresce que a cooperação não envolve alteração da titularidade ou das tarefas públicas atribuídas às entidades que a celebram³⁵.

As diretivas excluem do seu âmbito de aplicação a contratação vertical e a horizontal. Por um lado, circula a ideia de que o *in-house* constitui a exceção por natureza da contratação excluída, por ter sido a primeira exceção reconhecida pelo TJUE. Mas isso deve-se apenas à mera casualidade de o TJUE ter sido confrontado pelo *in-house* antes da cooperação horizontal. Por outro lado, há autores, como Burgi³⁶, que consideram a cooperação público-pública como a exceção mais poderosa e legítima porque todas as entidades têm poder decisório, enquanto no *in-house* existe um “*masterhead*”, isto é, um cérebro decisor da realização da tarefa a quem se submete a entidade controlada. Para nós, a cooperação horizontal não é secundária face ao *in-house*, sendo uma figura com independência própria e completamente autónoma.

³⁰ Richer, 2014, p. 33 e Dabreteau, 2015, p. 1.

³¹ Dada a discricionariedade e autonomia da Administração Pública, não seguimos aqueles que permitem aos terceiros exigir a celebração de um contrato interadministrativo, por considerarem como mais eficaz do que o *out-sourcing*, num determinado serviço da Administração Pública. Cf. Longo, 2000, p. 120, apud Leitão, 2012/2013, p. 86.

³² Cf. ponto 75 das Conclusões da Advogada-Geral Trstenjak no proc. C-159/11.

³³ Leitão, Contratos Interadministrativos, 2011, p. 84.

³⁴ Pação, 2017, p. 730.

³⁵ Bernal Blay, 2011, p. 362.

³⁶ Burgi & Koch, 2012, p. 91.

A cooperação horizontal *tout court* pauta-se pela inexistência de uma relação de controlo análogo³⁷, distinguindo-se da cooperação vertical e vertical invertida³⁸. Tampouco prevê uma terceira entidade sobre a qual outras entidades exerçam um controlo conjunto, contrariamente à cooperação vertical conjunta³⁹. Também não configura uma relação de *in-house* horizontal, por não haver uma entidade adjudicante controlada que adjudica um contrato a outra entidade controlada (ambas irmãs), em que o controlo das duas é exercido de forma determinante por uma terceira (entidade mãe).

Os contratos de cooperação horizontal têm objeto passível de direito privado porquanto poderiam ter sido celebrados no mercado, mas são excluídos da concorrência pela verificação dos requisitos do art. 12.º, n.º 4 da diretiva. Os contratos de delegação de competências ou de responsabilidade pela execução de tarefas públicas resultam da transferência desses poderes/responsabilidades de uma entidade para outra, por imposição legal, constitucional ou regulamentar. São contratos com objeto passível de ato administrativo, pois instituem uma desconcentração ou descentralização de poderes entre diferentes entidades públicas, não incluem prestações típicas de contratos com intuito lucrativo e preveem uma obrigação de não remuneração entre entidades, cf. art. 5.º, n.º 2 do CCP.

Capítulo II – Da origem do regime na jurisprudência do TJUE e sua positivação na Diretiva 2014/24/UE

2.1. Ponto de partida: a jurisprudência Hamburgo

No Ac. *Hamburgo*, foi celebrado um contrato entre quatro autarquias locais alemãs da Baixa Saxónia e os Serviços de Limpeza de Hamburgo para eliminar os resíduos das primeiras numa nova instalação de valorização e tratamento de resíduos com duração prevista de vinte anos, podendo negociar-se um aditamento até cinco anos antes do seu termo. Os municípios podiam depositar até 120 000 toneladas de resíduos na central por ano, sendo aprovadas pelas partes, semanalmente, as capacidades de entrega e tratamento de resíduos. Se tivessem prejuízo, os Serviços de Limpeza defendiam-nos perante o explorador e, inclusivamente, recorriam aos Tribunais, se necessário.

A Comissão intentou uma ação contra a Alemanha por incumprimento da diretiva 92/50/CE, que obrigava à sujeição do contrato à concorrência, por ser um contrato de

³⁷ O controlo análogo consiste na influência decisiva exercida sobre os objetivos estratégicos e decisões relevantes da entidade controlada, que não tem praticamente autonomia jurídica e económica, e que é análogo ao que a entidade controladora exerce sobre os seus próprios órgãos e serviços. Pode ser executado em conjunto. Cf. art. 5.º-A, n.ºs 3 e 4 do CCP.

³⁸ Cf. art. 12.º, n.ºs 1 e 2 da Diretiva 2014/24/UE

³⁹ Cf. art. 12.º, n.º 3 da Diretiva 2014/24/UE.

prestação de serviços (escrito a título oneroso, cujo objeto correspondia à categoria 16 do Anexo IA da Diretiva 92/50/CE) e o valor exceder os limiares de aplicação da diretiva.

Antes de mais, o TJUE esclareceu que o contrato em análise era apenas o celebrado entre os municípios e os Serviços de Limpeza, não se confundindo com o de prestação de serviços (sujeito à concorrência) entre estes últimos e o explorador da central. Recordou, no início da sua fundamentação, o Ac. *Coditel*⁴⁰, estabelecendo a possibilidade de uma autoridade pública desempenhar as suas missões de interesse público cooperando com outras entidades públicas. Afastou, de seguida, a classificação do contrato como *in-house*, dado os municípios não exercerem um controlo análogo ao que realizavam nos seus próprios serviços, sobre os Serviços de Limpeza, ou até sobre o explorador da central⁴¹. Não aplicou a exceção dos motivos técnicos do art.11º, n.º 3 alínea b) da Diretiva 92/50/CE. Seguindo a leitura alemã, precisou que não quis estabelecer a regra presente no Ac. *Comissão c/ Espanha*⁴² de sujeição de todos os contratos celebrados por organismos de direito público à concorrência, opondo-se apenas à exclusão de todos da aplicação da diretiva. Isto é, havendo indícios de cooperação intermunicipal, poderia o contrato ser excluído, e não a exclusão dar-se pela natureza das partes que o compõem. Adotou a conceção funcional de entidade pública, incluindo os organismos de direito público, “levantando o véu”⁴³ com base na natureza substantiva do contrato⁴⁴.

O contrato estabelecia uma cooperação entre entidades municipais limítrofes para realização de uma missão de serviço público: a eliminação de resíduos, através de uma medida de racionalização da colheita, separação e tratamento de resíduos em instalação o mais próxima possível⁴⁵ que os Estados Membros deviam efetuar. A natureza infungível da prestação e o *intuito personae* do contrato eram indícios fortes de cooperação horizontal, porquanto estas partes eram, no fundo, *conditio sine qua non* para garantir a ocupação máxima da central. A tarefa pública era realizada em comum: os Serviços de Limpeza tratavam da construção e instalação de uma central de tratamento de resíduos nas condições economicamente mais vantajosas, e os Municípios entregavam os seus resíduos mediante uma remuneração anual. Essa quantia despendida não correspondia ao pagamento de um preço, mas ao reembolso dos custos incorridos, previamente pagos pelos Serviços de Limpeza ao explorador da central.

Para Kotsonis, o elemento norteador da decisão foi a ausência de interesse comercial e lucrativo⁴⁶, visto que os Serviços de Limpeza não atuavam no mercado

⁴⁰ Cf. pontos 49 do Ac. *Coditel* e 45 do Ac. *Hamburgo*.

⁴¹ O explorador é uma sociedade de capital parcialmente privado. Dreyfus & Rodrigues, 2009, p. 1718.

⁴² Cf. ponto 40 do Acórdão do TJUE de 13 de janeiro de 2005, proc. C-84/03.

⁴³ Viana, 2013, p. 81.

⁴⁴ Lottini & Giannino, 2009, p. 203.

⁴⁵ Cf. art. 5.º parágrafo 2.º da Diretiva 91/156/CEE do Conselho, de 18 de março de 1991, que a fixou como uma das principais medidas de racionalização, separação e tratamento dos resíduos.

⁴⁶ Kotsonis, 2009, p. 215.

privado. Provavelmente, o desfecho seria idêntico, tivesse o contrato sido submetido a procedimento pré-contratual concorrencial, dado que o seu objeto não interessaria, em princípio, aos privados⁴⁷.

Aliás, se houvesse falhas na central, ocorridas durante a prestação da atividade e desde que já estivessem asseguradas as necessidades do Município de Hamburgo, os resíduos seriam colocados noutros aterros a que tinham acesso os Serviços de Limpeza. E, no caso de haver falta de espaço nesses aterros, os Municípios reduziriam temporariamente a quantidade de resíduos entregues⁴⁸. Note-se que os Serviços de Limpeza não suportavam o risco económico ou qualquer responsabilidade, apenas a obrigação condicional de recolocação dos resíduos noutros aterros por mau funcionamento. Em caso de sobrelotação, os municípios colocariam à disposição os aterros não utilizados e receberiam as quantidades de escórias de incineração não valorizáveis proporcionais aos resíduos entregues⁴⁹. Por isso, havia assistência mútua⁵⁰ na execução da tarefa, indício de cooperação intermunicipal.

De forma simplista, o TJUE poderia ter sujeitado o contrato à diretiva como a Comissão e o Advogado-Geral defendiam. Todavia, criou uma nova figura de contratação excluída, o “culminar de um processo de cooperação intermunicipal”⁵¹, implicando exigências idóneas para garantir a execução da tarefa pública comum às partes. Optou por não fixar critérios, indicando apenas indícios de cooperação horizontal, enquanto no Ac. *Teckal*⁵² fixou critérios para a contratação *in-house*.

O TJUE explicitou que a cooperação deveria ser regida unicamente por considerações de interesse público, para que nenhuma empresa privada fosse privilegiada em relação aos seus concorrentes. Também não poderia ser um obstáculo à livre circulação de serviços e à abertura não falseada da concorrência em todos os Estados-Membros. Por isso, as entidades contratantes não deveriam ter vocação de mercado⁵³, para não distorcer a concorrência, elemento central no direito da UE⁵⁴.

Repare-se que a exclusão deste contrato não teria repercussões na eventual adjudicação do contrato de construção da central ou de concessão entre os Serviços de Limpeza e o explorador privado. A não aplicação da diretiva não residia “na questão da relação entre as entidades, mas no conteúdo do contrato que se dirige à prossecução de um interesse público comum”⁵⁵.

⁴⁷ Pedersen & Olsson, 2010, p. 43.

⁴⁸ Cf. ponto 41 do Ac. *Hamburgo*.

⁴⁹ Cf. ponto 42 do Ac. *Hamburgo*.

⁵⁰ Lottini & Giannino, 2009, p. 203.

⁵¹ Cf. ponto 38 do Ac. *Hamburgo*.

⁵² Cf. Acórdão do TJUE de 18 de novembro de 1999, proc. C-107/98.

⁵³ Cf. ponto 47 do Ac. *Hamburgo*.

⁵⁴ Wauters, 2014, p. 195.

⁵⁵ Ferreira, 2014, p. 788.

Para Pirker⁵⁶, se o contrato tivesse sido sujeito à concorrência, a adjudicação pela proposta economicamente mais vantajosa teria conduzido a um resultado similar, dadas as vantagens não negligenciáveis que as partes apresentavam, como, aliás, defendeu a Alemanha.

A doutrina⁵⁷ aprovou a decisão, e Karayigit encara-a como um passo adicional na cooperação intermunicipal, sendo uma “*win-win policy*”⁵⁸ que se impôs aos Estados-Membros.

2.2. Propostas da Comissão Europeia

No seu Documento de Trabalho⁵⁹, a Comissão, a pedido do Parlamento Europeu⁶⁰, interpretou com amplo poder criativo a jurisprudência, restringindo-a fortemente. Fez a distinção fulcral entre o “contrato público normal”⁶¹ e os contratos de “cooperação genuína ou real”⁶².

Seguiu-se a Proposta de Diretiva⁶³, que previa no art. 11.º, n.º 4 um regime um pouco mais sensível às preocupações dos Estados Membros⁶⁴. As alíneas a) 1ª parte e b) decorrem da jurisprudência. Pela alínea a) 2.ª parte, excluía-se as entidades que apenas pudessem contribuir com uma prestação financeira. A alínea c) trazia segurança, ao prever o limite exato de 10%, e a d) foi criada pela Comissão. Na nossa opinião, a alínea e) deve ser interpretada no sentido de proibir a participação de privados como partes no contrato, e não no sentido de proibir a participação privada nas entidades públicas que o celebram.

Para Wiggen⁶⁵, as orientações e a proposta agiriam como *guidelines* até às diretivas. Burgi e Koch⁶⁶ criticaram o artigo 11.º, n.º 4 por não corresponder às expectativas criadas, além de prever requisitos desnecessários e utilizar conceitos legais ambíguos. Caso o artigo tivesse permanecido, a cooperação a nível local, municipal e regional teria quase desaparecido, pois as entidades não poderiam cumprir com requisitos tão exigentes. Para o Comité das Regiões⁶⁷, o artigo era demasiado rígido e seria difícil aplicá-lo na prática.

⁵⁶ Pirker, 2009, p. 574.

⁵⁷ Por exemplo, Kotsonis, 2009, p. 216 e Leitão, Contratos entre entidades, 2011, p. 133.

⁵⁸ Karayigit, 2010, p. 191.

⁵⁹ SEC 2011 1169 final, de 4.10.2011.

⁶⁰ Resolução 2009/2175(INI), de 18.05.2010.

⁶¹ São contratos em concorrência aberta, sujeitos às regras da contratação pública, em que uma das partes presta um serviço mediante remuneração por parte da entidade adjudicante.

⁶² Incluem direitos e obrigações mútuos, o objetivo principal não possui natureza comercial e os contraentes têm de efetuar tarefas materiais, não podendo substituí-las por prestação financeira.

⁶³ COM(2011) 896 final de 20.12.2011.

⁶⁴ Wauters, 2014, p. 196.

⁶⁵ Wiggen, 2012, p. 233.

⁶⁶ Burgi & Koch, 2012, p. 86.

⁶⁷ Cf. ponto 11 do Parecer do Comité das Regiões sobre o pacote “contratos públicos” (2012/C 391/09).

Com base nas inquietações alemãs, os Estados Membros sugeriram a remoção das alíneas b) e d), do termo “genuína” da alínea a) e de “direitos e obrigações mútuas das partes”⁶⁸.

2.3. Diretiva 2014/24/UE

As diretivas de 2014 são um instrumento complementar à Estratégia Europa 2020, que pretende a otimização de fundos públicos (*best value for money*) na contratação pública. Por isso, procederam com certa prudência a uma “mudança parcial do paradigma”⁶⁹, focando-se, além da preservação do mercado concorrencial, em evitar que a concorrência fosse um entrave à cooperação horizontal.

As diretivas de 2014 devem ser interpretadas à luz dos princípios da contratação pública e da jurisprudência do TJUE, uma vez que as soluções jurídicas consagradas resultaram, em grande medida, do labor jurisprudencial do TJUE. Ainda que o legislador europeu possa ter ido além do que resultava da jurisprudência em alguns aspetos. Portanto, apesar de se inspirarem na jurisprudência, as diretivas criaram um normativo legal próprio e relativamente autónomo do que resultava das decisões do TJUE que estiveram na sua origem.

O art. 12.º, n.º 4 concretiza o considerando 33 e inspira-se nos três requisitos^{70 71} do Ac. *Azienda*. Introduziu critérios, limites numéricos e o seu modo de cálculo, atenuando a insegurança jurídica que a UE entendia dever-se à falta de padronização jurídica entre os Estados-Membros⁷², por força das diferentes interpretações que cada Estado fazia dos critérios estabelecidos pelo TJUE. Por exemplo, em França, onde está muito enraizada a supremacia dos serviços públicos como competência estadual⁷³, o *Conseil d'État*, que tinha por hábito contornar as restrições do TJUE, terá agora de aplicar os critérios nos termos em que a diretiva os define.

Assiste-se a uma europeização dos contratos públicos: o direito da UE molda a atuação dos Estados Membros e das suas entidades, intervindo em matérias de direito administrativo nacional em que os Estados Membros são (supostamente) soberanos, sob a égide da garantia da concorrência. A diretiva alarga a cooperação horizontal, chegando a tender para o lado dos Estados Membros a tal “mudança de paradigma”: fixa critérios

⁶⁸ Villar Rojas, 2017, p. 8.

⁶⁹ Fernández Sánchez, 2017, p. 237.

⁷⁰ No Ac. *Azienda*, o TJUE escolheu, dos elementos dispersos pelo Ac. *Hamburgo*, os que considera como critérios de cooperação horizontal. Cf. Haussman & Queisner, 2013, p. 236.

⁷¹ O contrato, para ser excluído, deve: (i) garantir a realização de uma missão de serviço público comum a ambas as entidades, (ii) reger-se exclusivamente por objetivos de interesse público, e (iii) não ser suscetível de colocar um prestador privado numa situação privilegiada face aos seus concorrentes.

⁷² Fernández Sánchez, 2017, p. 239.

⁷³ Noël & Minaire, 2013, pp. 70-71.

menos restritivos para as partes contratuais, aumentando o leque de entidades capazes de celebrar contratos excluídos da concorrência.

O legislador excluiu a demonstração prévia de que o acordo não envolvia transferências financeiras entre as partes, permitindo um montante remuneratório, desde que em respeito pelo interesse público⁷⁴. Também excluiu o critério da ausência de participação privada nas partes que compõem o contrato⁷⁵.

A alínea a) é mais favorável às partes, aproximando-se dos Acs. *Hamburgo* e *Azienda* ao prever que as partes alcancem objetivos que tenham em comum com a realização do contrato, em vez de o contrato visar apenas a execução de uma tarefa pública comum às partes. Assim, haverá um maior leque de entidades a poder recorrer à cooperação horizontal. A alínea b) segue a jurisprudência, contrariamente à c), que se inspira no requisito muito semelhante criado pela Comissão Europeia.

Nesta senda, o cerne do artigo é a criação da cooperação entre as partes no exercício conjunto das suas tarefas públicas, com posição decisória igualitária, aproveitando as sinergias existentes e com distribuição de riscos e responsabilidades pelas partes.

Aplaudimos esta flexibilização, já que os requisitos restritivos do TJUE obstavam ao natural desenvolvimento da figura. Para Wauters⁷⁶, a flexibilização ocorrida deve-se aos protestos dos Estados Membros.

Capítulo III – Requisitos dos contratos de cooperação para o exercício de tarefas públicas

Nos termos do art. 5.º A, n.º 5 do CCP, a parte II do CCP não é aplicável à formação de contratos de cooperação horizontal celebrados exclusivamente por duas ou mais entidades públicas quando se verificarem, cumulativamente, os seguintes requisitos:

- a) O contrato estabelece uma cooperação entre as entidades adjudicantes, no âmbito de tarefas públicas que lhes estão atribuídas e que apresentam uma conexão relevante entre si;
- b) A cooperação é regida exclusivamente por considerações de interesse público; e
- c) As entidades adjudicantes não exercem no mercado livre mais de 20% das atividades abrangidas pelo contrato de cooperação.

⁷⁴ Cf. considerando 33.

⁷⁵ Cf. considerando 32, 2.º parágrafo.

⁷⁶ Wauters, 2014, pp. 192-193.

3.1. Âmbito de tarefas públicas que lhes estão atribuídas e com conexão relevante entre si

3.1.1. A “tarefa pública” vs. “serviços públicos”

No texto da diretiva, a cooperação visa a realização de “serviços públicos”, enquanto no CCP se prevê a execução de “tarefas públicas”. Para Assis Raimundo⁷⁷, a noção de “serviços públicos” deve ser lida no seu sentido lato, incluindo tarefas e missões públicas a executar pelas entidades e as que tiverem sido confiadas aos organismos de direito público pelo direito interno. Tal acontece porque o considerando 33 inclui na cooperação “todos os tipos de atividades relacionados com o desempenho de serviços e responsabilidades atribuídos às autoridades participantes”. Por isso, como indica Villar Rojas, é difícil descortinar alguma atividade técnica ou material não incluída neste conceito⁷⁸. Tal como Kirkby⁷⁹, consideramos a formulação do CCP tecnicamente mais correta e adequada.

A execução da tarefa pública resulta de uma estratégia comum e conjunta, baseada na troca e concertação dos respetivos interesses. Além do mais, a cooperação horizontal pode ter lugar no momento de criação do serviço público, ou em serviços públicos já a serem prestados.

3.1.2. Tarefas públicas que lhes estão atribuídas

É indispensável a atribuição explícita de uma tarefa pública a cada uma das partes, não sendo admitida a prossecução de uma tarefa apenas por uma das partes, enquanto a outra parte assume essa tarefa que lhe é alheia por não lhe ter sido atribuída uma missão pública.

No Ac. *Azienda*, o contrato foi celebrado por uma autoridade sanitária e uma universidade italiana, com duração máxima de dezasseis meses, para a Universidade realizar um estudo de avaliação da vulnerabilidade sísmica das estruturas hospitalares da província de Lecce. O TJUE negou tratar-se de um contrato de cooperação horizontal, dado as prestações da Universidade serem atividades usualmente desempenhadas por engenheiros ou arquitetos que, apesar do seu teor científico evidente, não eram equiparáveis à investigação científica⁸⁰. Mesmo tendo o município de Lecce cumprido uma sua tarefa pública, o objeto do contrato não correspondia às duas missões públicas atribuídas à Universidade: a investigação científica e a docência.

⁷⁷ Raimundo, 2013, p. 136, entre outros.

⁷⁸ Villar Rojas, 2017, p. 9.

⁷⁹ Kirkby, 2017, p. 10.

⁸⁰ Cf. ponto 37 do Ac. *Azienda*.

Note-se que o TJUE não impôs que às universidades públicas não se lhes possa atribuir a missão de prestar assessoria técnica a outras entidades públicas, somente que esta missão não estava incluída no binómio de tarefas públicas atribuído à Universidade de Lecce. O TJUE decidiu de forma idêntica para o contrato entre uma autarquia local e uma universidade pública para elaboração de planos de reconstrução de zonas urbanas pós-sismo, no Ac. *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*⁸¹.

No Ac. *Datenlotsen*, a Universidade Técnica de Hamburgo necessitava de adquirir um sistema informático de gestão do ensino superior e, comparando os sistemas de duas empresas privadas, Datenlost e HIS, decidiu por um ajuste direto à HIS, por EUR 840 000. O TJUE concluiu não se tratar de uma situação de cooperação público-pública por não existir uma missão pública comum às partes, visto a HIS, sociedade de direito privado detida pela Alemanha e por estados federados alemães (um deles Hamburgo), não estar diretamente incumbida de executar uma missão de serviço público⁸². A falha não era a natureza das partes, mas a inexistência de uma missão pública na HIS.

3.1.3. Tarefas a executar com uma “conexão relevante entre si”

Atentando no Ac. *Hamburgo*, é possível a execução de atividades materialmente distintas pelas partes desde que visem a prossecução de uma atribuição sobreposta⁸³ através da divisão de tarefas entre si, ou, mesmo, especializando-se numa tarefa em concreto⁸⁴. Por exemplo, no caso do tratamento de resíduos, uma parte recolhe-os e outra trata da incineração. O elemento decisivo é a vontade de cada entidade em cooperar nos objetivos em comum, sendo o tipo de atividade realizado na cooperação secundário⁸⁵. No Ac. *Azienda*, o TJUE precisou que as tarefas públicas podiam não ser idênticas, desde que visassem a prossecução do mesmo objetivo. No Ac. *Datenlotsen*, o Advogado-Geral Paolo Mengozzi equiparou a missão da HIS a uma missão pública, com base na complementaridade específica entre a prossecução do ensino e a investigação científica pela Universidade e no objeto social da HIS⁸⁶. Porém, essa posição foi descartada pelo TJUE. Note-se, ainda, que as diretivas repristinaram no Ac. *Hamburgo* a ideia de “objetivos que têm em comum”.

Afastamos a interpretação literal do texto do art. 12.º, n.º 4 a), pois o legislador não quis restringir o objeto do contrato a atribuições materialmente idênticas⁸⁷, dado que

⁸¹ Ac. do TJUE de 20 de junho de 2013, proc. C-352/12.

⁸² Cf. pontos 16, 34 e 35 do Ac. *Datenlotsen*.

⁸³ Cf. ponto 37 do Ac. *Hamburgo* e ponto 34 do Ac. *Azienda*.

⁸⁴ SEC2011 1169 final, de 04.10.2011, p. 16.

⁸⁵ Villar Rojas, 2017, p. 10.

⁸⁶ Consistia em prestar assessoria aos estabelecimentos de ensino superior. Cf. pontos 57-60 das Conclusões do Advogado-Geral Mengozzi no caso *Datenlotsen*.

⁸⁷ Oliveira Graça insiste numa interpretação literal do artigo que conduz à obrigatoriedade da coincidência material das atribuições a prosseguir pelas entidades públicas. Cf. Graça, 2016, p. 165.

isso reduziria, quase em exclusivo, a cooperação intermunicipal. Aliás, nos termos do considerando 33, os serviços a prosseguir pelas entidades poderão não ser necessariamente idênticos, desde que sejam complementares⁸⁸.

Já o CCP adota a formulação de tarefas com “uma conexão relevante entre si” e não impõe que o contrato assegure a execução de missões públicas comuns às entidades. Para Jorge Pação⁸⁹, trata-se de uma presunção séria de que a diretiva não obriga à prossecução de atribuições coincidentes pelas partes.

Cremos que a formulação contida no art. 5.º-A, n.º 5 a) é mais certa por ser dotada de maior clareza, abranger tarefas idênticas, e tarefas que, não o sendo, concretizam uma finalidade de interesse público muito próxima a ambas as partes. Ou seja, o CCP vem acolher a complementaridade das tarefas públicas preconizada pelo Advogado-Geral Paolo Mengozzi, e que a diretiva, inequivocamente, abraçou.

3.1.4. Prestação remuneratória

Nota-se uma certa aversão na doutrina à prestação remuneratória para evitar que a cooperação se subsuma a um mero pagamento. Aceita-se que o contrato de cooperação preveja uma prestação pecuniária; porém, não é consensual saber se a prestação de uma parte se pode cingir apenas a uma remuneração.

A maioria da doutrina, onde nos incluímos, não depreende do Ac. *Hamburgo* que a prestação remuneratória tenha de estar obrigatoriamente associada à execução de uma tarefa material^{90 91}.

Mas, no Ac. *Azienda*, o TJUE considerou que há onerosidade típica de um contrato público se ele se limitar a assegurar o reembolso dos custos incorridos com a prestação do serviço⁹². Todavia, não referiu a possibilidade de a ausência de movimentos financeiros entre as partes ser tida como critério de cooperação público-pública, pelo que do seu silêncio não se depreende a sua fixação generalizada como critério.

O que o TJUE salienta nos acórdãos seguintes é que, se o contributo de uma parte se resumir ao pagamento de um preço, existirá um indício forte de que se trata de um contrato público. Na verdade, no Ac. *Piepenbrock*, o TJUE afastou a exclusão do contrato da concorrência com base também no facto de uma das partes apenas contribuir com uma prestação financeira.

Quanto à diretiva, é omissa nos seus articulados em relação à questão remuneratória, excetuando a referência importante que lhe dedica no considerando 33.

⁸⁸ A discussão irá focar-se no significado de “tarefas complementares”. Cf. Caranta, 2015, p. 444.

⁸⁹ Pação, 2017, p. 756.

⁹⁰ Arrowsmith, 2014, p. 526; Raimundo, 2013, p. 135, e Baciú & Dragos, 2015, p. 268.

⁹¹ Se assim fosse, um pequeno município que apenas pudesse contribuir com um pagamento seria excluído da cooperação horizontal. Burgi, 2014, p. 62.

⁹² Cf. pontos 29 e 30 do Ac. *Azienda*.

Para Kirkby, atentando nas diretivas e no CCP, se uma entidade pública efetuar apenas uma prestação financeira enquanto a outra executa integralmente a tarefa pública, o contrato é de cooperação horizontal, desde que seja “um instrumento útil, relevante e funcionalizado à realização de atribuições de todas as entidades públicas contratantes”⁹³. Para o autor, a diretiva e o art. 5.º-A, n.º 5 do CCP não obrigam as partes a desempenhar uma tarefa material. A diretiva, no seu considerando 33, entende que uma entidade pública pode contribuir com uma transferência financeira remuneratória, desde que respeite o interesse público.

Jorge Pação⁹⁴, apoiando-se na literalidade do texto da norma, discorda parcialmente desta posição, defendendo que o art. 12.º, n.º 4 a) é claro na obrigação de execução das tarefas públicas pelas partes, impedindo uma interpretação extensiva que inclua contratos em que uma delas apenas realiza uma transferência financeira e não executa nenhuma tarefa, não obstante ser, em tese, favorável à sua admissibilidade. Contudo, partilha a posição de Kirkby no panorama nacional, uma vez que o art. 5.º-A, n.º 5 a) não impõe, expressamente, a execução de tarefas públicas pelas partes, como o faz o artigo 12.º, n.º 4 a), no seu entender.

Quanto a nós, cremos que como o art. 12.º, n.º 4 não se pronuncia sobre a remuneração, o considerando 33 vem permitir a existência de remuneração, desde que esse montante remuneratório respeite o interesse público. No fundo, a diretiva permite, inclusive, uma remuneração cujo valor vá para além do mero reembolso dos custos incorridos, criando uma certa margem lucrativa para a entidade que a recebe, conquanto ainda se satisfaçam, exclusivamente, interesses públicos.

Saliente-se, a título de curiosidade, que se a ausência de remuneração tivesse sido estipulada como requisito, levantar-se-ia sempre o problema de saber se, mesmo prestando gratuitamente a tarefa pública, não poderia haver criação de economias de escala para as entidades parte no contrato. E, nesse caso, as entidades aproveitariam melhor os 20% máximos de atividade exercida no mercado, havendo, em consequência, lucro. Assim se demonstra que a gratuidade da prestação do serviço não impede totalmente a existência de lucro, porque permite na mesma a realização de economias de escala e pode aumentar a produtividade do prestador de serviços.

Em todo o caso, o objeto do contrato será sempre a execução de uma missão pública comum⁹⁵, indo mais além da execução de uma tarefa contra uma simples remuneração⁹⁶.

⁹³ Kirkby, 2017, p. 18.

⁹⁴ Pação, 2017, pp. 752-753.

⁹⁵ A missão pública corresponde às tarefas, atividades ou prestações atribuídas a cada parte e relacionadas com o objetivo comum a alcançar com o contrato. Villar Rojas, 2017, p. 8.

⁹⁶ Villar Rojas, 2017, p. 15.

3.1.5. Tarefas principais ou possibilidade de executar tarefas acessórias?

No Ac. *Azienda*, o TJUE tratou a questão da possibilidade de execução de uma tarefa acessória por parte da Universidade⁹⁷. A tarefa em causa era de consultoria e a Universidade poderia desempenhá-la se não prejudicasse a sua atividade científica e pedagógica. Sucede que essa tarefa não poderia ser prestada pelos docentes universitários sem implicar remuneração adicional, e não poderia ser executada durante o período de exercício normal das suas funções. Portanto, o contrato deveria ser sujeito à concorrência.

No caso *Piepenbrock*, deu-se a transferência das funções de limpeza que uma entidade tinha de efetuar nos seus edifícios e nos que estavam em sua posse para outra entidade, que as passou a desempenhar de forma exclusiva. Como essa tarefa pública correspondia a uma atividade acessória da entidade, não relacionada com o exercício de poderes de autoridade pública, o TJUE decidiu pela inexistência de uma missão pública comum.

Porém, o considerando 33 da diretiva prevê que a cooperação não obriga a que “todas as autoridades participantes assumam a execução das principais obrigações contratuais, conquanto sejam assumidos compromissos⁹⁸ de contribuir para a execução em cooperação do serviço público em causa”, contrariando o entendimento clássico do TJUE.

Nesta senda, e em nossa opinião, basta que as partes assumam o compromisso de contribuir conjuntamente para a tarefa pública, sem ser necessária a sua vinculação ao desempenho de tarefas principais⁹⁹. Têm de ser prestações que realizem um objetivo comum, não relevando a sua natureza principal/acessória ou o maior/menor contributo de uma parte em relação à outra.

Castiñeira Piñeiro¹⁰⁰ é crítico desta solução, porquanto uma entidade que executa apenas tarefas acessórias estará a desvirtuar o instituto da cooperação público-pública. Não chega a considerar que as partes tenham de desempenhar tarefas com o mesmo grau de intensidade, exigindo apenas a execução de tarefas principais. Defende que o considerando 33 não se reproduz no art. 12.º, n.º 4, uma vez que o seu conteúdo é contrário aos Tratados da UE, prevalecendo o artigo da diretiva¹⁰¹, independentemente da função interpretativa auxiliadora dos considerandos.

⁹⁷ Pedersen & Olsson, 2013, p. 231.

⁹⁸ Não se entende se, para haver compromisso, é suficiente que uma das partes assegure a procura para o serviço em causa ou seja o seu principal cliente. Arrowsmith, 2014, p. 528.

⁹⁹ Villar Rojas, 2017, p. 10.

¹⁰⁰ Castiñeira Piñeiro, 2015, p. 314.

¹⁰¹ Castiñeira Piñeiro, 2015, p. 315.

3.1.6. Tarefas públicas apenas de tipo público ou idênticas às prestadas por privados?

Os contratos de cooperação horizontal asseguram tarefas públicas em áreas variadas. Mas são, *a priori*, mais propícios à cooperação as áreas de tipo público, por não terem, tradicionalmente, uma natureza lucrativa. Na Alemanha celebram-se estes contratos na gestão das águas, fornecimento de energia, gestão e tratamento de resíduos¹⁰², serviços postais, e transporte regular de passageiros. Para Arrowsmith¹⁰³, estes contratos deveriam incluir também as áreas de recursos humanos e das estruturas recreativas e de lazer. Hulst e Montfort apontam para as vantagens desta figura a nível intermunicipal: na escolha de espaços para centros de negócios ou novas áreas residenciais, na instalação de serviços sociais, educação musical, recursos humanos, coordenação de políticas de habitação e de emprego público local, de bombeiros ou unidades de transporte público¹⁰⁴. Nos Países-Baixos, tornou-se frequente na manutenção de edifícios públicos, em serviços de assistência informática e educacional, e até nos serviços sociais.¹⁰⁵

Também poderiam vir a ser, eventualmente, utilizados em aquisições de equipamentos de defesa ou segurança, setores menos evidentes, pois a comunhão de meios entre as entidades desses setores (centros de formação técnica, por exemplo) potenciaria a *performance* das entidades e o financiamento dos custos complementares, além de permitir a resolução conjunta das sanções por falhas na prestação do serviço¹⁰⁶.

Surge a dúvida quanto à exclusão da concorrência de contratos de cooperação que incluam tarefas tipicamente prestadas por privados em contratos de prestação de serviços.

Para o TJUE, os Acs. *Azienda*, *Piepenbrock* e *Datenlotsen* contêm a prestação de um serviço que é, tipicamente, uma atividade privada sujeita ao mercado (avaliação de vulnerabilidade sísmica de estruturas hospitalares, serviço de limpeza e serviços informáticos, respetivamente), não havendo motivo para excluir o contrato da diretiva. Com efeito, no Ac. *Piepenbrock*, a *Stadt Düren* começou a tratar da limpeza dos edifícios de trabalho, administrativos e escolares do *Kreis Düren*, deixando esta de ser efetuada pela *Piepenbrock*, empresa privada de limpeza. Foi o resultado de uma transferência de competências acompanhada do reembolso dos custos do exercício da tarefa de limpeza, e previa igualmente a possibilidade de rescisão unilateral pelo *Kreis Düren* em caso de

¹⁰² A cooperação entre entidades públicas na gestão e tratamento de resíduos sólidos implica menos custos do que a sua privatização, em municípios pequenos. Bel, Fageda & Mur, 2013, p. 436.

¹⁰³ Arrowsmith, 2014, p. 97.

¹⁰⁴ Hulst & Montfort, 2007, p. 11 apud Wauters, 2014, p. 38.

¹⁰⁵ Janssen, 2014a, pp. 14-16.

¹⁰⁶ Simonel, 2015.

má execução pela contraparte. O TJUE limitou-se a sujeitar o contrato à concorrência, dadas as afinidades da tarefa de limpeza com as atividades privadas, no fundo, porque considerou a prestação “pouco pública”, como aponta Kirkby¹⁰⁷. De forma algo irónica, McGowan¹⁰⁸ critica o TJUE pela simplicidade desta sua análise.

No fundo, e partindo também do Acórdão *Datenlotsen*, a questão prende-se em saber se o Estado está proibido de constituir organismos de direito público ou outro tipo de pessoas coletivas públicas para satisfazer somente necessidades de outras entidades públicas. Se houver impedimento, restringe-se a liberdade do Estado de escolha da forma do desempenho das suas tarefas e impede-se que uma entidade, com o objetivo de garantir a satisfação das necessidades da Administração Pública, seja excluída da contratação pública quando o seu objeto social é a satisfação de tarefas públicas em nome do interesse público. Se for permitido, teremos a entidade pública que desempenha essa tarefa a substituir-se aos privados e a relacionar-se com as entidades públicas a quem presta o serviço, da mesma forma que se relacionam os privados, reforçando as empresas públicas a sua posição no mercado.

Atualmente, a alínea c) do art. 12.º, n.º 4 vem permitir que o objeto do contrato se prenda com atividades comerciais normalmente prestadas no mercado privado. Em suma, os Estados Membros podem atribuir às suas entidades públicas ou organismos de direito público a execução de serviços habitualmente prestados por privados no mercado. Inclusivamente, estes podem ser prestados no mercado privado, desde que não excedam o limite dos 20% previsto na alínea c) do art. 12.º, n.º 4.

3.2. Regida exclusivamente por considerações de interesse público

A tarefa pública rege-se, exclusivamente, por considerações de interesse público. À partida, estes contratos não suscitam grande interesse nos privados, por não visarem o lucro, pelo menos a título principal. Por isso, a sua exclusão da contratação pública não terá efeitos negativos no mercado.

Aliás, note-se que, para Villar Rojas, a legitimidade destes contratos decorre do fim de interesse público visado, mais do que do mero equilíbrio prestacional entre as partes, que poderá ou não existir¹⁰⁹.

Contudo, há quem receie, na doutrina, que a noção de “interesses públicos” traga incerteza jurídica, por não ter sido definida nas diretivas¹¹⁰.

¹⁰⁷ Kirkby, 2017, p. 13.

¹⁰⁸ McGowan, 2013, p. 160.

¹⁰⁹ Esses fins podem ser, por exemplo, a viabilidade financeira dos serviços, a sua qualidade e regularidade, e a assistência entre entidades administrativas. Villar Rojas, 2017, p. 12.

¹¹⁰ Janssen, 2014b, p. 180.

O TJUE, no Ac. *Hamburgo*, explicitou que não existe distorção da concorrência se a cooperação for inteiramente regida por considerações de interesse público. No Ac. *Azienda*, a AG¹¹¹ mostrou que o contrato foi celebrado no intuito de os resultados obtidos poderem ser utilizados em futuros projetos de melhoria da resistência de estruturas hospitalares, no exato cumprimento da obrigação de garantia da segurança dos hospitais, servindo, portanto, o interesse público.

No Ac. *Datenlotsen*, o TJUE sujeitou o contrato à concorrência, mesmo estando a tarefa inserida na missão pública em que se baseou o contrato. Para Kirkby, se a tarefa se integra na missão pública objeto do contrato, deve sobrepor-se este aspeto à questão remuneratória e à prestação de natureza exclusivamente comercial por uma das partes. O autor critica esta decisão, considerando, inclusive, que é mais gravosa do que a do Ac. *Piepenbrock*. Aliás, classifica-a como contrária aos princípios do Tratado, consistindo numa ingerência da possibilidade de os Estados Membros criarem livremente empresas públicas para se autoaprovisionarem.

3.2.1. Valor da remuneração

O valor da remuneração deve respeitar o interesse público. No entanto, surge a dúvida: saber o interesse público é na mesma prosseguido no caso de a prestação remuneratória efetuada por parte de uma entidade adjudicante aportar lucro à outra entidade adjudicante parte de um contrato de cooperação horizontal celebrado para executar tarefas públicas das entidades.

Para garantir a presença exclusiva dos fins de interesse público, a Comissão não permitiu a exclusão das regras da contratação pública dos contratos com natureza comercial.¹¹² E, para o TJUE¹¹³, o contrato não perde a sua onerosidade pelo facto de a remuneração se limitar aos custos incorridos com a execução da tarefa pública. Aliás, esta limitação da remuneração foi um dos aspetos individuais que contribuíram para a decisão do Ac. *Hamburgo*¹¹⁴.

Como apontam Assis Raimundo e Arrowsmith, apesar de serem partidários da supressão do requisito da remuneração, a limitação da remuneração aos custos incorridos é sempre um indício forte para a verificação da prossecução exclusiva de interesses públicos no contrato¹¹⁵. Para Gallego Córcoles¹¹⁶, Wiggen¹¹⁷ e Kühn¹¹⁸, entre

¹¹¹ Cf. ponto 74 das Conclusões da Advogada-Geral Trstenjak, proc. C-159/11, 23 de maio de 2012.

¹¹² Contratos em que o valor da prestação pecuniária efetuada é superior ao reembolso dos custos incorridos com o seu desempenho.

¹¹³ Cf. ponto 29 do Ac. *Azienda*.

¹¹⁴ Burgi, 2014, p. 63.

¹¹⁵ Arrowsmith, 2014, p. 530 e Raimundo, 2013, p. 135.

¹¹⁶ Gallego Córcoles, 2014, p. 133.

¹¹⁷ Wiggen, 2014, p. 91.

¹¹⁸ Kühn, 2015, p. 159.

outros, essa limitação é também um indício sério de que o contrato não tem caráter comercial e, por isso, prossegue exclusivamente o interesse público.

Para Villar Rojas¹¹⁹, a remuneração deve ser limitada ou, pelo menos, não conceder um benefício industrial ou económico, para não afetar a prossecução única de interesses públicos. Se existir esse benefício, analisam-se todos os critérios minuciosamente, bem como as cláusulas do contrato e os compromissos e deveres assumidos pelas partes, para aferir, casuisticamente, a verdadeira natureza do contrato.

Contudo, Diana Santiago Iglesias¹²⁰ aponta para o risco de uma eventual proibição de lucro poder implicar a exclusão da concorrência de contratos que cumpram com os restantes requisitos da cooperação horizontal, não obstante o lucro obtido por uma das partes.

Entendemos que há que interpretar a não adoção do requisito remuneratório pela diretiva no art. 12.º, n.º 4 com o seu considerando 33, que exige que as transferências financeiras sejam exclusivamente regidas pelo interesse público. Por outras palavras, perceber em que medida o valor remuneratório deve ser limitado em respeito pela prossecução do interesse público.

Certamente, deve permitir-se a obtenção do lucro, desde que seja razoável. Por isso, defendemos que o lucro pode ser totalmente reutilizado para aumentar a performance e a qualidade do serviço público, por estas últimas estarem intrinsecamente ligadas à exclusividade do interesse público. Não pode é o preço estipulado ser superior àquele que praticam os mercados nem a entidade não reinvestir o lucro obtido no serviço público prestado. Se o objetivo da entidade fosse a obtenção de lucro a título principal, sem observância do interesse público, o contrato sujeitar-se-ia à concorrência.

3.2.2. Participação privada nas entidades adjudicantes

Deve-se desde logo proceder à distinção da participação de privados no mercado (plano do mercado) em relação à participação privada detida por entidades privadas nas entidades adjudicantes (plano do contrato). É que a participação de privados no mercado, isto é, de entidades privadas com escopo lucrativo, é bem distinta da existência de participação privada (de uma componente privada) nas entidades adjudicantes que prosseguem o interesse público.

A Comissão propôs o requisito da ausência de participação privada, apoiando-se no Ac. *Hamburgo*¹²¹ e na jurisprudência seguinte do TJUE, que explicita claramente não

¹¹⁹ Villar Rojas, 2017, p. 14.

¹²⁰ Santiago Iglesias, 2015.

¹²¹ Para Madrigal Esteban, é um requisito autónomo imposto pelo acórdão. Madrigal Esteban, 2014, p. 136.

ser permitida a participação de privados¹²², assim como no Livro Verde¹²³. Para Arrowsmith, o TJUE defende que não pode haver participação de entidades privadas no contrato, pugnando pela participação de entidades públicas. O que não significa que a participação privada nessas entidades adjudicantes deva ser absolutamente proibida¹²⁴.

Atentando nas diretivas, observamos que a ausência de participação de entidades privadas nas entidades adjudicantes¹²⁵ não é requisito das diretivas de 2014, por força do considerando 32¹²⁶. Portanto, as diretivas estipulam, contrariamente ao entendimento do TJUE, que não se sujeita automaticamente o contrato à concorrência pela mera existência de participação privada nas entidades adjudicantes.

Contudo, Pedersen e Olsson consideram esta exclusão inoperativa, porque, apesar de as diretivas não a excluïrem, desvirtua a exclusividade do interesse público, além de ser uma condição absoluta da jurisprudência *Azienda*¹²⁷. Acresce que, mesmo que os privados sejam parte *pro bono* no contrato, podem ter o objetivo lucrativo de a longo prazo virem a celebrar, enquanto entidade privada, contratos lucrativos com a entidade pública em causa, colocando em questão o interesse público.

Para Durval Ferreira, apesar de não estar prevista no texto legal, a “inexistência de privados é uma condição essencial para a verificação de uma cooperação horizontal¹²⁸”. Em sentido semelhante, Albert Sánchez Graells¹²⁹ pugna por uma interpretação restritiva do art. 12.º, n.º 4, baseando-se no Ac. *Stadt Halle*, que requer que a contratação excluída seja interpretada restritivamente. A admissibilidade de participação privada nas entidades adjudicantes beneficia o seu titular em relação aos concorrentes no mercado.

Contudo, as diretivas não só recusaram a estipulação deste requisito, como não introduziram limites (percentuais, por exemplo) que contivessem a participação privada nas entidades adjudicantes. Assim, Wiggen¹³⁰ e Gallego Córcoles¹³¹ mostram-se receosos e apelam a uma análise casuística para aferir o caráter marginal das atividades exercidas no mercado, o lucro gerado e a reciprocidade das prestações, tentando evitar que do contrato resultem vantagens competitivas para os detentores das participações privadas.

¹²² Cf. pontos 35 do Ac. *Azienda* e 37 do Ac. *Piepenbrock*. Cf. Olykke & Andersen, 2015, p. 3 e Levain & Prats-Denoix, 2015, p. 42.

¹²³ A participação privada numa entidade adjudicante impede a exclusão do contrato das regras de contratação pública. Cf. COM(2011) 15 final, p. 24 e pontos 50-52 do Ac. *Stadt Halle*, que fixam que qualquer participação privada obedece a interesses privados e não forçosamente públicos.

¹²⁴ Arrowsmith, 2014, p. 528.

¹²⁵ Para Arrowsmith, a falta do requisito na cooperação horizontal é prova da sua total inexistência, visto ter sido explicitamente consagrado como requisito do *in-house* nas Diretivas 2014. Arrowsmith, 2014, p. 528.

¹²⁶ Arrowsmith, 2014, p. 528 e Carvalho, 2016, p. 116.

¹²⁷ Pedersen & Olsson, 2013, p. 231.

¹²⁸ Ferreira, 2014, p. 792.

¹²⁹ Sanchez Graells, p. 254 apud Pação, 2017, p. 759.

¹³⁰ Wiggen, 2014, p. 91.

¹³¹ Gallego Córcoles, 2014, p. 135.

Esta avaliação casuística pode causar problemas de segurança jurídica¹³² pelas dificuldades que se anteveem na sua realização, sendo, portanto, preferível a regra da ausência de participação privada.

Arrowsmith¹³³ defende que a diretiva apenas requer que as entidades sejam autoridades adjudicantes. Mas permite a participação de capital privado nas entidades adjudicantes dos Estados Membros, porquanto não distorce o mercado. E a inexistência de qualquer menção sobre a participação privada no art. 12.º, n.º 4 significa a admissibilidade da participação privada, através do considerando 32.

Para Olykke e Andersen¹³⁴, o TJUE não admite a participação de entidades privadas para não distorcer a concorrência através das vantagens que os titulares dessas participações retirariam da cooperação instituída. São elas: uma oferta contínua e duradoura do mercado, visto a prestação dos serviços públicos não ser efémera nem limitada no tempo, mas estável e contínua, ficando mais seguros do que os seus concorrentes; e a realização mais rápida de economias de escala e aumento da produtividade, usando ao máximo a sua capacidade para minimizar custos. Ao mesmo tempo, por estarem a contratar com uma entidade pública, beneficiariam de uma boa imagem no mercado, dado as entidades públicas serem confiáveis. Graças à sua participação privada na entidade pública, poderiam aceder a meios tecnológicos das entidades públicas, difíceis de obter individualmente por implicarem investimentos avultados. A entidade privada também aproveitaria da garantia de o Estado, em princípio, responder, inexistindo, por isso, risco financeiro de não pagamento. Portanto, entendem os autores que a escolha do parceiro privado a adquirir a participação privada da entidade deve ser submetida a procedimento adjudicatório de contratação pública, para aniquilar a vantagem que o privado retira da cooperação e que distorce a concorrência¹³⁵.

Apesar da diretiva 2014/24/UE não acolher a proibição de participação de capitais privados nas entidades adjudicantes, as entidades podem ter participação privada, desde que não criem vantagens e privilégios nos seus acionistas privados, em nome do princípio da igualdade. Pedro Costa Gonçalves¹³⁶ entende que se deve afastar a presunção absoluta de que a cooperação horizontal cria sempre benefícios na esfera dos acionistas privados das partes no contrato. Fá-lo com base na existência do requisito do art. 5.º-A, n.º 5 b), de onde se retira que o contrato não visa o propósito económico de obtenção dos ganhos, mas apenas uma diminuição dos custos, através da maior

¹³² Pedersen & Olsson, 2013, p. 231.

¹³³ Arrowsmith, 2014, pp. 525, 528.

¹³⁴ Olykke & Andersen, 2015, pp. 4-6.

¹³⁵ Olykke & Andersen, 2015, p. 10.

¹³⁶ Gonçalves, 2018, p. 273.

eficiência da utilização dos recursos. Ora, não lhe parece ser desrespeitador dos princípios da contratação pública que privados beneficiem desta possibilidade. Em suma, admite a participação de entidades privadas, sendo que a criação de vantagens num prestador privado em relação aos seus concorrentes não deve ocorrer, visto o contrato prosseguir, unicamente, o interesse público.

Para Diana Santiago Iglesias¹³⁷, entendendo-se hipoteticamente que apenas integrariam a contratação excluída os contratos celebrados com organismos de direito público sem participação direta de capital privado (apesar de terem personalidade jurídica privada), conseguir-se-ia compatibilizar o texto das diretivas com a jurisprudência do TJUE e do soft law da UE. Contudo, se qualquer organismo de direito público¹³⁸, mesmo com participação privada, tem natureza de entidade adjudicante, não pode deixar de gozar dos mesmos direitos das entidades públicas, isto é, a não sujeição à concorrência, o que dificulta a viabilidade da hipótese colocada.

A nosso ver, é difícil que um contrato de cooperação regido exclusivamente por considerações de interesse público e pelo princípio da igualdade seja compatível com a admissibilidade de participação privada nas partes do contrato, sem qualquer limitação. Certo é que as diretivas não criam limites à participação privada nas entidades adjudicantes. Porém, apesar da permissibilidade das diretivas, cremos que a existência de participação privada nas entidades adjudicantes pode obstar às considerações de interesse público, que devem ser exclusivamente prosseguidas, ao permitir a criação de vantagens na esfera dos acionistas privados através do contrato de cooperação celebrado. A não ser no caso de a participação privada ser de tal forma residual que não permita aos acionistas privados influenciar as decisões a tomar relacionadas com a missão pública vertida no contrato e não tenham possibilidade de controlar o modo de atuação da entidade adjudicante.

Além do mais, para nós, a compatibilização das alíneas b) e c) do art. 12.º, n.º 4 também não se resolve com uma hipotética não distribuição dos eventuais benefícios que decorreriam da execução da tarefa pública aos detentores de participação privada, na tentativa de evitar o favorecimento de um operador privado em detrimento de outros presentes no mercado do mesmo ramo de atividade. Ou seja, não seria uma solução a distribuição pelos acionistas privados dos custos estritamente ligados à execução da tarefa pública e não do eventual lucro que pudesse ter sido gerado através do contrato de cooperação horizontal, o que implicaria, desde logo, um sistema de contabilidade preciso para determinar estes valores. Até porque, em instituições privadas sem fins lucrativos,

¹³⁷ Santiago Iglesias, 2015.

¹³⁸ Muitas entidades privadas recebem fundos públicos porque satisfazem o interesse público com menos despesa e não visam o lucro.

poderiam na mesma ser levadas a cabo atividades económicas que criariam uma vantagem competitiva (aumento de atividades executadas, por exemplo) em relação a outras instituições não lucrativas, apesar de não visarem o lucro. Por isso, a não distribuição da margem lucrativa pelos detentores de participação privada não seria uma solução viável.

3.2.3. Subcontratação

Uma outra questão que se coloca é a da admissibilidade da subcontratação a privados no contexto de um contrato de cooperação horizontal. O TJUE, ainda no Ac. *Azienda*, descarta¹³⁹ a cooperação horizontal pelo facto de o contrato conter a previsão de que a Universidade, mais precisamente o seu grupo de técnicos das Construções, poderia recorrer a colaboradores externos altamente qualificados, isto é, subcontratar, para conseguir realizar a sua tarefa pública. Esta situação pode, efetivamente, resultar num favorecimento de empresas privadas em detrimento de outras, se os colaboradores em causa forem entidades privadas¹⁴⁰.

Para Caranta¹⁴¹, o facto de os futuros colaboradores privados beneficiarem de vantagens obtidas através destes contratos sem terem sido escolhidos através de um procedimento pré-contratual de contratação pública foi, provavelmente, o aspeto que conduziu o TJUE a não excluir o contrato da concorrência. Ao contratar com uma determinada entidade pública, deve esta cumprir com o seu papel no esforço conjunto de cooperação na realização da tarefa pública.

Note-se que, no Ac. *Hamburgo*, a situação era diferente, dado que, no próprio contrato, estava prevista a concessão da exploração da instalação de tratamento a um privado determinado, a quem já recorriam os Serviços de Limpeza antes da sua celebração, o que é bem diferente da situação de inclusão de uma cláusula que permita a concessão ulterior a um privado.

No Ac. *Piepenbrock*¹⁴², uma das entidades que ficou com o encargo de limpar os edifícios da outra entidade não desempenhou essa função, subcontratando, de imediato, a execução desse serviço a uma outra entidade pública que já se ocupava da limpeza dos seus próprios escritórios, colocando-a numa posição de vantagem em relação aos seus concorrentes. Neste caso, o TJUE entendeu que não deveria ser um contrato de cooperação horizontal, já que o contrato autorizava a recorrer a terceiros para desempenhar a atividade nele previsto, permitindo a esse terceiro obter eventuais benefícios face a outras empresas privadas no mercado livre. Sabemos, no entanto, que

¹³⁹ Arrowsmith, 2014, p. 528.

¹⁴⁰ Cf. ponto 38 do Ac. *Azienda*.

¹⁴¹ Caranta, 2015, pp. 442-443.

¹⁴² Cf. ponto 40 e 42 do Ac. *Piepenbrock*.

o terceiro em causa era uma empresa cujas participações sociais eram integralmente detidas pela cidade de Düren¹⁴³. Neste Ac., o TJUE confirmou de forma explícita e generalizada que o simples facto do contrato autorizar uma das partes a recorrer a um terceiro é suficiente para colocar esse terceiro numa posição privilegiada em relação aos seus concorrentes do mesmo ramo de atividade. Assim, não é admitida a subcontratação pública e privada¹⁴⁴, razão pela qual o caso *Piepenbrock* não consiste num contrato de cooperação público-pública. Para o TJ, basta a mera autorização da subcontratação no contrato para o mesmo se submeter à concorrência, para não prejudicar os outros operadores económicos.

Arrowsmith¹⁴⁵ critica esta posição drástica do TJUE, uma vez que não compreende o especial perigo ou impacto prejudicial no mercado que decorreria da admissibilidade da subcontratação a uma empresa pública no âmbito de um contrato de cooperação público-pública.

Também receando a não prossecução integral de objetivos de interesse público, Pedro Costa Gonçalves defende que, apesar de não decorrer explicitamente das diretivas e do CCP, a cooperação não pode criar uma posição privilegiada ou de vantagem para um subcontratado em relação aos seus concorrentes no mercado privado, posicionando-se em acordo com a jurisprudência do TJUE. Só admite que uma entidade privada esteja presente na cooperação desde que não retire nenhuma vantagem ou privilégio por integrar ou ter integrado o contrato de cooperação, dado que “nenhum prestador de serviços privados pode ficar em posição de vantagem em relação aos seus concorrentes”¹⁴⁶ ¹⁴⁷. No mesmo sentido, para Pedersen e Olsson, não se proíbe o recurso à subcontratação, pretendendo apenas que a nenhum privado lhe seja dada alguma vantagem em relação aos outros. E, para Arrowsmith¹⁴⁸, será inadmissível a subcontratação a privados quando um operador económico privado se posicionar numa posição de vantagem em relação aos seus concorrentes.

Gallego Córcoles¹⁴⁹ defende que não se pode considerar que o TJUE tenha instituído a subcontratação como um indício forte de que o contrato deva estar sujeito às diretivas. Até porque, se o subcontratado for escolhido através de um procedimento pré-contratual de contratação pública, não será possível que esse operador económico privado escolhido fique privilegiado em relação aos restantes. Para Villar Rojas¹⁵⁰, é irrelevante a participação de capital privado numa entidade adjudicante, bastando que

¹⁴³ Haussman & Queisner, 2013, p. 235.

¹⁴⁴ Noël & Minaire, 2013, p. 72.

¹⁴⁵ Arrowsmith, 2014, p. 525.

¹⁴⁶ Cf. ponto 35 do Ac. *Azienda* e considerando 33 da Diretiva 2014/24/UE.

¹⁴⁷ Gonçalves, 2018, p. 273.

¹⁴⁸ Arrowsmith, 2014, p. 529.

¹⁴⁹ Gallego Córcoles, 2014, p. 136.

¹⁵⁰ Villar Rojas, 2017, p. 13.

se verifique a sua natureza de entidade adjudicante para integrar um contrato de cooperação horizontal. No entanto, não é admissível que as entidades adjudicantes recorram à subcontratação de privados para vir executar as tarefas que lhes cabiam no contrato de cooperação, excluindo esse contrato da aplicação das regras da diretiva. A subcontratação deve sempre ser submetida a procedimento pré-contratual de contratação pública, para que nenhum operador económico privado seja beneficiado em detrimento dos seus concorrentes.

Quanto a nós, entendemos que o contrato não poderá, também, permitir a subcontratação de privados, mesmo que se substituam a entidades públicas adjudicantes que tenham sido parte inicial no contrato, dado não se garantir a inexistência de outros interesses, mesmo que públicos, em jogo. No entanto, se se tratar de um subcontratado com natureza pública, parece-nos que deve ser admitida, se o subcontratado for capaz de cumprir com as restantes condições da cooperação entre entidades públicas.

3.2.4. Exigência de pagamento de preço por terceiros utilizadores

A questão que se coloca (e que está igualmente interligada com a exclusividade da prossecução do interesse público) é a de saber se os contratos de cooperação para o exercício de tarefas públicas legitimam a cobrança de um preço a terceiros que utilizem ou usufruam da tarefa pública desempenhada pelas partes. Ou se, pelo contrário, a remuneração somente pode existir no lado das entidades contratantes, pelo facto de a função do contrato ser a garantia da prossecução exclusiva do interesse público através da concretização da missão pública comum às entidades adjudicantes.

Nem as diretivas, nem a jurisprudência do TJUE colocam entrave à possibilidade de cobrança de um preço a terceiros, e não defendemos que o facto de os utilizadores também financiarem o serviço público que estão a utilizar seja impeditivo da realização da missão pública comum a cargo das entidades adjudicantes e objeto do contrato.

Seguimos a posição de Villar Rojas¹⁵¹ de que a execução coordenada e em conjunto da missão de serviço público comum substitui a execução com meios próprios, exercida a título individual, por cada uma das entidades adjudicantes, se não tiverem celebrado o contrato de cooperação horizontal. Então, por maioria de razão, deve também ser admissível que, ao prestar serviços aos cidadãos através do contrato de cooperação, se possa, igualmente, exigir um pagamento pelo serviço público desempenhado (correspondente ao pagamento de uma taxa, por exemplo), tal como acontece na execução individualizada da tarefa pública. O autor refere, em exemplo, a execução

¹⁵¹ Villar Rojas, 2017, p. 14.

conjunta da recolha de resíduos urbanos, em que o valor que resulte da taxa ou de um imposto pago pelos cidadãos servirá para cobrir os custos do serviço público prestado e, eventualmente, para melhorar a sua qualidade.

3.3 As entidades adjudicantes não exercem no mercado livre mais de 20% das atividades abrangidas pelo contrato de cooperação

O critério, na cooperação horizontal, surgiu pela mão da Comissão e foi aceite pelo Parlamento e pelo Conselho, sendo equivalente ao critério de atividade da contratação *in-house*. Estas instituições europeias admitiam a possibilidade de ser desenvolvida uma atividade de caráter marginal e auxiliar pelas partes, ou seja, que houvesse atuação no mercado privado.

Atentando na formulação legal da disposição, interpreta-se no sentido de deverem ser realizadas mais de 80% das atividades sobre as quais versa a cooperação fora do mercado concorrencial, estando em sintonia com a jurisprudência do TJUE e o entendimento da Comissão¹⁵².

É que seria interessante permitir o exercício de uma atividade estritamente acessória e marginal com outras entidades que não participem na cooperação, na lógica de aproveitamento de capacidades acessórias inutilizáveis. Por isso, surge a alínea c) da diretiva, que estipula que mais de 80% da atividade das entidades adjudicantes deve ser destinada à prossecução de missões de serviço público sem finalidade lucrativa principal, isto é, menos de 20% pode ser prestada no mercado privado.

As diretivas alteraram apenas a percentagem de atividades que poderiam ser exercidas no mercado livre, aumentando-as dez pontos percentuais em relação à proposta da Comissão. O critério da atividade pretende evitar que a entidade pública ocupe uma posição privilegiada no mercado concorrencial da tarefa pública que desempenha no contrato de cooperação, afastando da atividade principal do contrato tarefas que tenham natureza comercial.

Mais ainda, a cooperação horizontal não deixaria de prosseguir unicamente interesses públicos se, a título acessório e meramente marginal, uma percentagem residual da atividade das entidades adjudicantes se efetuasse no mercado livre. Como bem aponta Lhéritier¹⁵³, a ser assim a interpretação correta da diretiva, aligeiram-se as exigências dos contratos de cooperação em relação às da Comissão.

¹⁵² SEC (2011) 1169 final, de 04.10.2011, p. 16.

¹⁵³ Lhéritier, 2016, pp. 65-66.

Creemos que esta interpretação é correta. Por isso, a entidade pública pode integrar um contrato de cooperação e exercer, ao mesmo tempo, uma reduzidíssima atividade no mercado, sem prosseguir o lucro ou utilizar o contrato para reforçar a sua posição no mercado prejudicando, assim, outros privados. Este critério impede as entidades que prestam o essencial da sua atividade no mercado livre de usarem a cooperação horizontal para realizar economias de escala ou outras formas que reforcem a sua posição no mercado distorcendo, dessa forma, a concorrência.

O que decorre do TJUE é a necessidade de a atividade do contrato ser exercida no mercado com carácter marginal e residual, e as diretivas vêm, no fundo, permiti-lo, se for necessário para a boa execução do contrato principal¹⁵⁴. Burgi¹⁵⁵ salienta a pertinência e coerência deste critério, já que evita a distorção da concorrência.

Mas, apesar de o reconhecer, Castiñeira Piñeiro¹⁵⁶ entende que a percentagem de 20% é demasiado alta, excedendo claramente a possibilidade de o exercício da atividade no mercado privado ser tido como marginal. Para o autor, este requisito é um obstáculo à prossecução de interesses públicos pelo contrato, porque, com a percentagem alta de atividades exercidas no mercado, corre-se o risco de se desvirtuar o carácter público que deve nortear, exclusivamente, o contrato. Foi por esta razão que a Comissão fixou a percentagem em 10%, no máximo. Em seu entender, este requisito não está de acordo com o direito primário europeu e não devia ter sido incluído nas diretivas. No mesmo sentido, Gimenu Feliu defende a não prestação *tout court* de serviços a privados¹⁵⁷, uma restrição total, contrariamente ao *in-house* em que parte da atividade pode ser exercida no mercado privado.

O legislador europeu explicita no art. 12.º, n.º 5 que a percentagem de atividade exercida no mercado privado se calcula através da forma de cálculo da contratação *in-house*, isto é, tendo em conta o volume médio total de negócios ou outro critério adequado a determinar o volume global de atividade. Este volume global diz respeito às atividades objeto da cooperação e não às restantes desenvolvidas pelas partes. A diretiva apresenta como possível critério adequado os custos suportados pela entidade em serviços, fornecimentos e obras nos três anos anteriores à adjudicação do contrato. Na impossibilidade de analisar os três últimos anos da entidade, por se tratar de uma entidade recém-criada ou que tenha iniciado recentemente a sua atividade, ou por causa da reorganização das suas atividades, deve mostrar-se que a medição efetuada é credível, com base no princípio da adequação, através de projeções de atividades, por exemplo. Desta forma, só deve considerar-se preenchida a alínea c) quando a atividade não estiver

¹⁵⁴ Castiñeira Piñeiro, 2015, p. 316.

¹⁵⁵ Burgi, 2014, p. 64.

¹⁵⁶ Castiñeira Piñeiro, 2015, p. 153.

¹⁵⁷ Gimenu Feliu, 2013, pp. 44-46.

orientada para o mercado, para que as entidades que os celebram não usufruam da contratação excluída estando em concorrência com privados no mercado.

Quanto ao cálculo da percentagem de atividade no mercado privado, para Madrigal Esteban¹⁵⁸, o facto de as diretivas não preverem expressamente no art. 12.º, n.º 4 o seu modo de cálculo, remetendo para o critério do *in-house*, revela o carácter residual da cooperação horizontal¹⁵⁹.

Para nós, a remissão deve-se apenas à consagração, em primeiro lugar, da contratação *in-house* pelo legislador europeu, fator que também justifica a escassez dos contratos de cooperação público-pública.

Acrescente-se que as entidades adjudicantes têm de estar alerta¹⁶⁰ para não celebrar estes contratos apenas em serviços públicos administrativos nem com carácter industrial ou comercial, uma vez que, no último caso, terão de utilizar um sistema de contabilidade analítica que determine com precisão a percentagem de atividade exercida no mercado livre. Se praticarem também uma atividade no mercado, devem resistir à tentação de querer imputar, na cooperação horizontal e na atividade de prestação do serviço público, custos indiretos ligados ao exercício dessa atividade (comunicação, comercialização, serviços de contabilidade, serviços jurídicos...) ou a própria atividade produzida no mercado livre. No entender de Olykke¹⁶¹, a cooperação entre entidades públicas pode implicitamente significar a concessão de ajudas de Estado ao privado que adquira uma participação na entidade adjudicante. Para se afastar esta situação, que deturpa a concorrência, deve realizar-se um procedimento pré-contratual de contratação pública para escolher o privado que será titular de uma participação privada da entidade adjudicante. Se não for possível, as condições do contrato devem ser norteadas pelos preços e condições de mercado, e, se os privados atuarem no mercado, devem possuir uma contabilidade organizada, separada e transparente, que, no fundo, se concretiza no critério da atividade.

Conclusão

Os contratos de cooperação horizontal apresentam inúmeras vantagens para as entidades adjudicantes na realização das suas tarefas públicas. Resultam de uma oposição constante entre o princípio regente do direito europeu – o princípio da concorrência – e a livre escolha dos Estados Membros da forma em que executam as suas tarefas públicas, e o princípio da prossecução do interesse público¹⁶². É justamente nesta

¹⁵⁸ Madrigal Esteban, 2014, p. 135.

¹⁵⁹ A autonomização no art. 12.º, n.º 4 marca a sua independência face ao *in-house*. Cf. Janssen, 2014b, p. 177.

¹⁶⁰ Simonel, 2015.

¹⁶¹ Olykke & Andersen, 2015, p. 15.

¹⁶² Cf. arts. 266.º da CRP e 4.º do CPA.

tarefa árdua de equilibrar a tensão existente que reside a problemática da figura que, aliada à sua novidade, a torna num dos temas atuais da contratação pública.

Surgiram no Ac. *Hamburgo*, sendo um tipo contratual autónomo, não secundarizado em relação às outras figuras da contratação excluída. Mas, se o TJUE decidiu, inicialmente, com sensível abrangência, revelou-se, posteriormente, muito resistente na densificação dos requisitos que devem ser cumulativamente verificados para existir cooperação público-pública, em linha com a posição já fixada na contratação *in-house*.

As diretivas de 2014 consagraram a cooperação horizontal com base nos requisitos do TJUE, sendo mais flexíveis do que o TJUE e as instituições europeias. Aplaudimos esta iniciativa fulcral do legislador, porque trouxe maior certeza jurídica e nitidez à figura, concedendo-lhe visibilidade e relevância na contratação pública e sendo mais “amiga” dos Estados Membros.

Todavia, cremos que o legislador poderia ter aproveitado a revisão para tratar as questões urgentes que se colocam sobre os requisitos destes contratos, dadas as vantagens em celebrar contratos de cooperação público-pública, além do fenómeno de “*market fatigue*”¹⁶³, que, nas palavras de Monti, consistia na perda de confiança no mercado e na menor aceitação dos agentes económicos aí presentes, aliados ao contexto económico-financeiro dos Estados-Membros.

Por isso, cremos que o papel do TJUE, apesar de as diretivas terem consagrado legalmente a figura e os requisitos que a constituem, não deixará de ser importante, podendo ser chamado a resolver questões que têm surgido, e surgirão, devido ao texto da diretiva: seja porque não foram abordadas pelo legislador, ou porque a sua abordagem não é consensual na doutrina. Trata-se, nomeadamente, da compatibilização de alguns aspetos complexos da cooperação horizontal com a prossecução única do interesse público, tais como o valor da remuneração, a participação privada nas entidades adjudicantes, a subcontratação e a exigência de pagamento de preço por terceiros utilizadores, entre outros.

Por fim, com a transposição no CCP, fiel às diretivas, acreditamos que a cooperação público-pública tem todas as condições para se desenvolver em Portugal, bem como a celebração destes contratos vir a tornar-se frequente.

¹⁶³ Monti, 2010, p. 12.

Anexo:

Listagem da Jurisprudência e Documentos da UE

Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia:

Acórdão de 18 de novembro de 1999, proc. C-107/98 (Acórdão *Teckal*).

Acórdão de 11 de janeiro de 2005, proc. C- 26/03 (Acórdão *Stadt Halle*).

Acórdão de 13 de janeiro de 2005, proc. C-84/03 (Acórdão *Comissão c/ Espanha*).

Acórdão de 13 de novembro de 2008, proc. C-423/07 (Acórdão *Coditel*).

Acórdão de 9 de junho de 2009, proc. C-480/06 (Acórdão *Comissão c/ Alemanha*).

Acórdão de 19 de dezembro de 2012, proc. C-159/11 (Ac. *Azienda Sanitaria di Lecce*).

Acórdão de 13 de junho de 2013, proc. C-386/11 (Acórdão *Piepenbrock*).

Acórdão de 20 de junho de 2013, proc. C-352/12 (Acórdão *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*).

Acórdão de 8 de maio de 2014, proc. C-15/13 (Acórdão *Datenlotsen*).

Conclusões dos Advogados-Gerais do TJUE:

Conclusões da Advogada-Geral Verica Trstenjak apresentadas a 23 de maio de 2012 no proc. C-159/11.

Conclusões do Advogado-Geral Paolo Mengozzi apresentadas a 23 de janeiro de 2014 no proc. C-15/13.

Documentos da União Europeia

“Resolução sobre novos desenvolvimentos na adjudicação de contratos públicos” (2009/2175(INI)), de 18 de maio de 2010.

“Livro Verde sobre a modernização da política de contratos públicos da UE – Para um mercado dos contratos públicos mais eficiente na Europa”, COM(2011) 15 final, 27 de janeiro de 2011.

“Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão Europeia relativo à aplicação da regulamentação da UE em matéria de contratos públicos às relações entre entidades adjudicantes” (SEC 2011 1169 final), de 4 de outubro de 2011.

“Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos contratos públicos” (COM(2011) 896 final), 20 de dezembro de 2011.

“Parecer do Comité das Regiões sobre o pacote ‘Contratos Públicos’”, (2012/C 391/09), de 09 de outubro de 2012.

“Comunicação da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – Dinamizar a contratação pública em benefício da Europa” (COM(2017) 572 final), de 03 de outubro de 2017.

Bibliografia

ARROWSMITH, S. (2014). *The law of public and utilities procurement: Regulation in the EU and UK*, vol. 1. London: Sweet and Maxwell.

BACIU, I., & DRAGOS, D. C. (2015). Horizontal in-house vs. vertical in-house transactions and public-public cooperation: Annotation of the Judgement of the Court (Fifth Chamber) of 8 May 2014 in Case C-15/13 Technische Universität Hamburg-Harburg and Hochschul-Informations-System GmbH v. D. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 4, pp. 254-272.

BEL, G., FAGEDA, X., & MUR, M. (2013). Why do municipalities cooperate to provide local public services? An empirical analysis. *Local Government Studies*, 39, pp. 435-454.

BERNAL BLAY, M. Á. (2011). La cooperación interadministrativa horizontal como fórmula de organización. Su articulación en el ámbito local desde la perspectiva del Derecho de los contratos públicos. In Gimenu Feliu, J. M. (coord.), *La organización local. Nuevos modelos*, pp. 361-376. Navarra: Thomson Reuters.

BURGI, M. (2014). Contracting authorities, in-house services and public authorities cooperation. In Lichère, F., Caranta, R., & Treumer, S. (coord.), *Modernising public procurement – The new directive*, pp. 49-66. Copenhagen: DJOF Publishing.

BURGI, M., & KOCH, F. (2012). In-house procurement and horizontal cooperation between public authorities: An evaluation of article 11 of the Commission's proposal for a public procurement directive from a German perspective. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2, pp. 86-93.

CARANTA, R. (2015). The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works. *Common Market Law Review*, 52, pp. 391-460.

CARVALHO, R. (2016). Cooperação entre entidades públicas adjudicantes. In *Direito e Processo administrativo*, pp. 95-128. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.

CASTIÑEIRA PIÑEIRO, J. C. (2015). *La cooperación entre los poderes públicos. Perspectiva contratual*. Granada: CEMCi.

DABRETEAU, J. (2015). La coopération publique horizontale non institutionnalisée dans les nouvelles directives, une fausse alternative aux contrats relevant d'une logique concessive. *Revue Compléments Services Publics*, 17, pp. 1-11.

DREYFUS, J.-D., & RODRIGUES, S. (2009). La coopération intercommunale confortée par la CJCE? *L'Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 31, pp. 1715-1721.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. (2017). A contratação in-house e interadministrativa após a revisão do CCP. In Gomes, C. A., Serrão, T., Pedro, R. & Caldeira M. (coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, pp. 235-264. Lisboa: AAFDL Editora.

FERREIRA, T. D. (2014). O regime da contratação in-house à luz das novas directivas de contratação pública: o triunfo dos Estados sobre a jurisprudência do Tribunal de Justiça. *Revista Ordem dos Advogados*, 74, pp. 769-794.

GALICIA, X. D. (2015). A guía da colaboración público-pública da Comunidade Autónoma de Galicia. Retirado de <https://www.conselleriadeconomia.es/documents/10433/5619673/GUIA+DE+COLABORACIO>

N+PUBLICO-PUBLICA+DA+COMUNIDADE+AUTONOMA+DE+GALICIA.pdf/71b52789-946e-4751-878b-4bc574ffice7.

GALLEGO CÓRCOLES, I. (2014). Las relaciones “contractuales” entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública. In Almeida Cerrada, M. & Martín Delgado, I. (Ed.), *Actas del I Congresso de la Red Internacional de Derecho Europeo: La Nueva Contratación Pública*, pp. 111-136. Toledo.

GIMENU FELIU, J. M. (2013). Las nuevas directivas – cuarta-generación – en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 159, pp. 39-106.

GONÇALVES, P. C. (2018). *Direito dos contratos públicos*, 2.^a Edição, vol. 1. Coimbra: Almedina.

GRAÇA, J. F. (2016). As exclusões do âmbito de aplicação da Diretiva 2014/24/UE relativa aos contratos públicos. *Revista de Contratos Públicos*, 11, pp. 143-170.

HAUSSMAN, F. L., & QUEISNER, G. (2013). In-house contracts and inter-municipal cooperation – Exceptions from the European Union procurement law should be applied with caution. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 3, pp. 231-237.

HULST, R. & MONTFORT, A. VON (2007). *Inter-municipal cooperation in Europe*. Dordrecht: Springer.

IGLESIAS REY, P. (2017). La colaboración pública horizontal. Referencia a la guía aprobada en el seno del sector público autonómico gallego. Ex artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de Febrero. Retirado de Observatorio Contratación Pública:
<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.286/recategoria.121/reلمenu.3/chk.91e7d50ead582e20c8bd65ed63271515>.

JANSSEN, W. A. (2014a). Public procurement law and in-house delivery of public services: Improving a paradox. In Mccann, A., Van Rooji, A. E., Hallo de Wolf, A. & Neerhof, A. R., *When private actors contribute to public interests: A law and governance perspective*, pp. 7-26. The Hague: Eleven Publishing.

JANSSEN, W. A. (2014b). The institutionalised and non-institutionalised exemptions from the EU Public procurement law: Towards a more coherent approach? *Utrecht Law Review*, 10, pp. 168-186.

JURCIK, R. (2014). Permissible public cooperation in the field of public administration – Opportunity for enterprises. *Acta Universitatis Agriculturae et Siviculturae Mendelianae Brunensis*, 62, no. 6, pp. 1309-1314.

KARAYIGIT, M. T. (2010). A new type of exemption from the EU rules on public procurement established: “in thy neighbour’s house” provision of public interest tasks. *Public Procurement Law Review*, 6, pp. 183-197.

KIRKBY, M. (2017). Contratos de cooperação “horizontal” entre entidades públicas na revisão do Código dos Contratos Públicos. *Cadernos Sérvulo de Contratos Públicos*, I, pp. 5-21.

KOTSONIS, T. (2009). Co-operative agreements between public authorities in the pursuit of a public interest task: *Comission of the European Communities v. Federal Republic of Germany (C-480/06)*. *Public Procurement Law Review*, 6, pp. 212-216.

KÜHN, W. M. (2015). The reform of EEA rules on public procurement. *Procurement Law Journal*, 2, pp. 150-179.

LEITÃO, A. (2011). Contratos entre entidades adjudicantes (Ac. no proc. n.º C-480/06 do TJUE). *Revista de Contratos Públicos*, 2, pp. 111-133.

LEITÃO, A. (2011). *Contratos interadministrativos*. Coimbra: Almedina.

LEITÃO, A. (2012/2013). Contratos interadministrativos. In *Contratação Pública I*, pp. 55-90. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.

LEVAIN, L., & PRATS-DENOIX, M. (2015). Les relations in-house à l'aune des nouvelles directives européennes. Retirado de Contrats et Marchés Publics – Hors – Série LexisNexis Jurisclasseur: http://rmt.fr/wp-content/ACTU2016/Public_L-Levain_M-Prats-Denoix_Relations-in-house_2015-11@LexisNexis.pdf.

LHÉRITIER, M. (2016). La coopération entre pouvoirs adjudicateurs: Des précisions, des assouplissements et des interrogations? *Contrats Publics*, 165, pp. 63-67.

LONGO, F. (2000). *Contratti tra enti locali nella logica dell'economicità dell'azione Amministrativa*, Milão, 2000.

LOTTINI, M., & GIANNINO, M. (2009). When inter-municipal cooperation meets EU Internal market law: The story of a troublesome relationship. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 4, pp. 199-210.

MADRIGAL ESTEBAN, M. J. (2014). La positivación de la doctrina in-house y, con ella, la de la “colaboración horizontal” entre poderes públicos para la realización en común de tareas de servicio público. *Actualidad Jurídica Uría Méndez*, 36, pp. 128-136.

MCGOWAN, D. (2013). Further clarification of permissible public cooperation: *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG v. Kreis Duren*. *Public Procurement Law Review*, 6, pp. 158-160.

MONTI, M. (2010). Uma nova estratégia para o mercado único: Ao serviço da economia e das sociedades europeias. Retirado de http://ec.europa.eu/internal_market/strategy/docs/monti_report_final_10_05_2010_pt.pdf.

NOËL, M., & MINAIRE, G. (2013). Coopération entre personnes publiques et prestations de services: Une frontière ténue. *Contrats Publics*, 136, pp. 70-74.

OLYKKE, G. S., & ANDERSEN, C. F. (2015). A state aid perspective on certain elements of Article 12 of the new public sector directive on in-house provision. *Public Procurement Law Review*, 1, pp. 1-15.

PAÇÃO, J. (2017). Os contratos de cooperação entre entidades adjudicantes. In Gomes, C. A., Pedro, R., Serrão, T. & Caldeira, M. (coord.), *Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos*, pp. 727-767. Lisboa: AAFDL Editora.

PEDERSEN, K., & OLSSON, E. (2010). Commission v. Germany – A new approach to in-house providing? *Public Procurement Law Review*, 1, pp. 33-45.

PEDERSEN, K., & OLSSON, E. (2013). Azienda – The creation of an exemption from public procurement law. *Public Procurement Law Review*, 6, pp. 225-235.

PEREIRA, P. M., & SOARES FRANCO, J. (2012). A adjudicação de contratos públicos em contexto de crise. *Revista de Contratos Públicos*, 5, pp. 143-165.

PIRKER, B. (2009). Arrêt Commission c/ Allemagne. *Revue de Droit de l' Union Européenne*, 3, pp. 570-574.

RAIMUNDO, M. A. (2013). Primeira análise das novas directivas (parte II). *Revista de Contratos Públicos*, 9, pp. 131-169.

RICHER, L. (2014). Les contrats entre entités du secteur public. *Contrats Publics*, 143, pp. 31-35.

SANCHEZ GRAELLS (2015). *Public procurement and the EU competition rules*, 2ª Edição. Hart Publishing.

SANTIAGO IGLESIAS, D. (2015). Las relaciones de colaboración entre poderes adjudicadores excluidas de la normativa de contratación del sector público: Una propuesta de transposición de la regulación contenida en las directivas de contratación al ordenamiento español. Retirado de Instituto Nacional de Administración Pública: <http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1504585>.

SIMONEL, L.-X. (2015). L'article 18 de l'ordonnance n.º 2015-899 relative aux marchés publics organise la coopération horizontale entre les acteurs publics – fiche technique n.º 2. Retirado de https://www.kpratique.fr/L-article-18-de-l-ordonnance-n-2015-899-relative-aux-marches-publics-organise-la-cooperation-horizontale-entre-les_a393.html.

VIANA, C. (2013). A influência do “mercado relevante” na contratação in-house. In Trabuco, C. & Eiró, V., *Contratação pública e concorrência*, reimpressão da 1.ª Edição, pp. 63-84. Coimbra: Almedina.

VILLAR ROJAS, F. J. (2017). Los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos locales. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, 7, pp. 5-18.

WAUTERS, K. (2014). CJEU case law on cooperative agreements between public authorities and its influence on certain national legal systems. PhD thesis. University of Glasgow, Glasgow.

WIGGEN, J. (2012). Public procurement law and public-public cooperation: Reduced flexibility but greater legal certainty ahead? The Commission's staff working paper on the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities and the 2011 pro. *Public Procurement Law Review*, 5, pp. 225-233.

WIGGEN, J. (2014). Directive 2014/24/EU: The new provision on co-operation in the public sector. *Public Procurement Law Review*, 3, pp. 83-93.

A Proteção do Mercado nas Sociedades Abertas

**Em especial, a tutela dos investidores através do mecanismo de
imputação de direitos de voto**

Filipa de Sousa Grangeon Cavaleiro

Sob orientação da Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro

À minha Avó Alcina.

Agradecimentos

Os meus agradecimentos dirigem-se a todos aqueles que, ao longo desta fase, me proporcionaram as condições necessárias para a elaboração deste trabalho.

Primeiramente, destinam-se à minha família, especialmente aos meus pais, pelo constante investimento na minha formação e por todo o auxílio prestado nesta fase.

Seguidamente, a todos os meus amigos que, através do seu acompanhamento e das suas palavras encorajadoras, ajudaram a que este percurso não fosse tão solitário. Em destaque, à Ana, pela confiança em mim inculcada e por nunca ter permitido que me desviasse do meu objetivo.

Não esquecendo a Professora Carmo Fernandes, por todo o aconselhamento e disponibilidade.

Por fim, à Professora Maria de Fátima Ribeiro, pelo gosto inculcado pela área do Direito Comercial e, ainda, pelas sugestões realizadas a este trabalho.

Resumo

O tema do presente trabalho relaciona-se com os meios de proteção de que dispõem os investidores em sociedades abertas. Neste sentido, mais do que uma mera enumeração das vias legalmente disponíveis, visa-se a percepção da importância da veiculação da informação entre o ente societário e o mercado.

Tendo em conta a finalidade referida, analisam-se os perigos associados ao investimento numa sociedade aberta e dá-se especial destaque ao artigo 20º do CVM, dado o seu objetivo de dotar de transparência o mercado de capitais.

Conclui-se que, apesar da notória preocupação com uma regulação eficaz da imputação de direitos de voto, o mecanismo vigente comporta, não obstante, situações indesejadas.

Palavras-chave: sociedades abertas; investidores; *corporate governance*; voto; imputação de direitos de voto; OPA.

Abstract

This dissertation addresses the means of protection available to investors in open societies. In order to do so, more than simply enumerating the legally available means, the goal is to emphasize the importance of the exchange of information between the company and the market.

To achieve that, we will analyse the risk associated with investing in an open company, focusing largely on article 20 of CVM, due to its goal of endowing transparency to the capital market.

The conclusion is that, despite the legislator's concern about an effective regulation of voting right imputation, the current mechanism brings about unwanted situations.

Keywords: open societies; investors; corporate governance; vote; imputation of voting rights; takeover bid.

Lista de siglas e abreviaturas

AA.VV.	Autores vários
AMF	Autorité des Marchés Financiers
Art./ Arts.	Artigo/ Artigos
CC	Código Civil
CCom	Código Comercial
Cfr.	Confrontar
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
Cit.	Citada
CMVM	Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
Coord.	Coordenação
CSC	Código das Sociedades Comerciais
CVM	Código dos Valores Mobiliários
Ed.	Edição
IPCG	Instituto Português de Corporate Governance
LMV	Ley del Mercado de Valores
N.º/ N.ºs	Número/ Números
Ob.	Obra
OPA	Oferta Pública de Aquisição
P./ pp.	Página/ Páginas
RD	Real Decreto
S. / Ss.	Seguinte/ Seguintes
TUF	Testo Unico della Finanza
Vol.	Volume

ÍNDICE

Introdução	7
1. A necessidade de tutela do mercado nas sociedades abertas	8
1.1. As vicissitudes das sociedades abertas	8
1.2. A <i>corporate governance</i> e a proteção do mercado	10
1.3. Os sócios e a administração da sociedade	14
1.3.1. As vias legais de tutela dos (pequenos) investidores	15
1.4. A necessidade de informação do mercado acerca do funcionamento da sociedade	17
2. O direito de voto como instrumento essencial de influência societária	18
2.1. A especial regulamentação do direito de voto em sociedades abertas	19
2.2. A Diretiva 2017/828	20
3. O regime de imputação dos direitos de voto do CVM	21
3.1. O artigo 20º do CVM – sua <i>ratio</i>	21
3.2. A obrigação de comunicação de participações qualificadas – suas vertentes	24
3.2.1. O dever de lançamento de OPA	25
3.3. Análise do regime do artigo 20º	28
3.4. Relação ao artigo <i>sub judice</i> com a proteção do mercado	32
Conclusão	33
Bibliografia	35

Introdução

O investidor¹ português, apesar da diminuta informação que possui acerca das operações de financiamento, tende a sobrevalorizar o seu conhecimento quanto aos meios de aplicação de poupanças. É o que nos diz o inquérito publicado no Caderno da CMVM², ressaltando a preocupação com o risco excessivo em que aquele poderá incorrer.

Partindo desta premissa, o trabalho *sub judice* procura analisar se, efetivamente, o investidor numa sociedade de capital aberto encontra proteção. Como é sabido, o investidor não institucional, por paradigma, é dotado de iliteracia financeira pelo que são visíveis e prementes as suas especiais necessidades de proteção.

Com vista a este fim, a sequência do presente trabalho inicia-se com o enquadramento do que é uma sociedade aberta (vulgarmente denominada sociedade cotada), seguindo-se as especificidades atinentes à sua qualidade, por comparação com as demais. Deste modo, inquirimos se, em particular, os sócios minoritários, chamados sócios investidores, encontram a devida proteção legal, tendo em conta os conhecimentos de que dispõem. Prossegue-se com a questão do direito de voto e a sua assumida importância na definição da vida social. Ainda neste ponto, questiona-se se o direito de voto se encontra devidamente regulado e se a recente publicação da Diretiva 2017/828 altera, de alguma maneira, o atual paradigma legal.

De seguida, abordamos o regime de imputação de direitos de voto do CVM, procedendo-se à explicitação da sua *ratio*, bem como a uma análise das alíneas do artigo 20º do referido código. O destaque conferido a este assunto justifica-se, desde logo, pela teleologia da norma de conferir segurança e transparência aos investidores, com o fim de os levar a confiar no regular funcionamento do mercado de capitais.

Por último, justifica-se o propósito do presente trabalho, que será, então, o de criticar a metodologia utilizada pelo legislador, de modo a estabelecer relações transparentes no mercado de valores mobiliários.

¹ Por estes se entendem os titulares potenciais ou efetivos de valores mobiliários. Câmara, 2016, p. 237.

² Brito & Abreu, 2009, pp. 37-53.

1. A necessidade de tutela do mercado nas sociedades abertas

1.1. As vicissitudes das sociedades abertas

Da tradicional dicotomia entre sociedades abertas³ e sociedades fechadas resulta que as primeiras são constituídas, paradigmaticamente, por um número amplo e disperso de sócios, os quais são, por regra, alheios aos assuntos da vida da sociedade⁴. As sociedades abertas afiguram-se como um dos maiores emissores de valores mobiliários (as ações), constituindo uma das principais fontes do investimento privado⁵. Ademais, as suas ações possuem, por norma, mercados e sistemas de negociação próprios (arts. 1º e 199º do CVM). Característico destas sociedades é, ainda, o seu modelo de governação, assente numa inflexível separação entre propriedade e controlo.

Por oposição, encontram-se as sociedades fechadas, de base tendencialmente personalista⁶, pressupondo-se, assim, que os subscritores do seu capital social formam um número reduzido. Esta definição justifica-se pela maior dificuldade de saída dos sócios nesta classificação societária, comparativamente à anterior, pelo que se infere que a fungibilidade da posição do sócio é elemento distintivo. Neste sentido, estes poderão estar ligados através de vínculos profissionais, familiares ou de amizade, consubstanciando-se numa participação ativa nos assuntos da sociedade e, por regra, na sua administração⁷. Deste modo, a separação entre controlo e capital nesta última tipologia societária não é comum. Note-se que esta compartimentação não é estanque, dado o escasso número, na realidade empresarial portuguesa, de sociedades anónimas constituídas por capital acionista disperso⁸.

Efetivamente, as sociedades abertas podem adotar a forma de sociedades anónimas ou de sociedades em comandita por ações⁹. A sua característica, por excelência, é a desconcentração das ações constitutivas do capital social, dizendo-se, deste modo, que o seu capital está aberto ao investimento público¹⁰. A aquisição de tal qualidade opera-se, automaticamente, pela mera verificação de um dos requisitos

³ A doutrina espanhola distingue, ainda, dentro das sociedades abertas, as sociedades de capital disperso, em que o número de sócios é amplo e o seu interesse contende com a sua carteira de participações, e as sociedades abertas *stricto sensu*, que não são parte integrante do mercado secundário organizado (Garrido, 2015, p. 131).

⁴ González, 2002, p. 38.

⁵ Antunes, 2015, p. 153.

⁶ Note-se que as sociedades por quotas constituem sociedades de capitais com estrutura personalista.

⁷ No sistema espanhol, neste âmbito é, ainda, possível destringir o conceito de sociedade de capital de base pessoal, o qual é caracterizado pelo reduzido número de sócios, a participação ativa destes na vida societária e, por contraste, a negociabilidade das suas partes sociais em mercado regulamentado próprio (González, 2002, p. 40).

⁸ Antunes, 2015, pp. 150-151.

⁹ No entanto, a dispersão das ações representativas do seu capital não está tão patente nestas, como sublinha Paulo Câmara (2016, p. 518).

¹⁰ Almeida, 2013, p. 544.

plasmados no artigo 13º do CVM¹¹. São estes, concretamente, a constituição da sociedade através de oferta pública de subscrição, dirigida especificamente a pessoas com residência ou estabelecimento em Portugal; a emissão de ações ou de outros valores mobiliários que confirmem direito à subscrição ou aquisição de ações que tenham sido objeto de oferta pública de subscrição dirigida especificamente a pessoas com residência ou estabelecimento em Portugal; a emissão de ações ou outros valores mobiliários que tenham sido, ou sejam, negociáveis em mercado regulamentado; a emissão de ações alienadas em oferta pública de venda ou de troca em quantidade superior a 10% do capital social, dirigida especificamente a pessoas com residência ou estabelecimento em Portugal; a constituição de sociedade através de cisão ou fusão de sociedade aberta; e, ainda, as sociedades emitentes de ações em que sejam convertidos créditos sobre a insolvência, nos termos do artigo 204º do CIRE¹². Todavia, a ocorrência desses factos encontra-se dependente de deliberação da assembleia geral¹³. As sociedades que satisfaçam um dos requisitos plasmados passarão, assim, a ser regidas pelas normas do CVM e, subsidiariamente, do CSC. Com vista à publicitação da aquisição do estatuto de sociedade aberta, aquelas deverão mencionar a sua qualidade nos atos externos, como se retira da leitura dos artigos 14º do CVM e 171º do CSC. Daqui decorrem, desde já, os especiais deveres de transparência e informação a que estas sociedades estão sujeitas.

Aliado ao vasto número de sócios pelos quais esta sociedade é composta, acresce, ainda, o facto de esta se constituir como uma pessoa jurídica, característica inerente a qualquer sociedade comercial. Daqui resulta a titularidade dos seus direitos e obrigações, obtendo, assim, autonomia patrimonial¹⁴, na medida em que a sociedade possui um património distinto do património dos sócios¹⁵. Tratando-se, de igual forma, de sociedades anónimas, representam uma autonomia patrimonial perfeita, na medida em que apenas os bens da sociedade responderão pelas dívidas desta e, de modo inverso, pelas dívidas sociais responde apenas o património da sociedade. A primeira vertente apresentada desta autonomia quer significar que o património social responderá pelas dívidas sociais e que, na sua falta, os sócios não responderão por estas (cfr. artigo 271º do CSC). Pode, deste modo, afirmar-se que os sócios das sociedades de capitais beneficiam do princípio da limitação da responsabilidade¹⁶, o qual é mister para o

¹¹ Já a perda da qualidade desta não se opera de forma automática, a qual é regulada pelo artigo 27º do CVM. Esta dependerá, pois, de um ato administrativo da CMVM e respetiva publicação (29º, n.º 1 do CVM). Note-se que, tanto a aquisição, como a perda de tal qualidade não dependem da voluntariedade da sociedade (Câmara, 2016, pp. 534, 764). Ainda quanto à perda da qualidade em virtude de OPA, cfr. Câmara, 2016, p. 576.

¹² Cfr. Ribeiro, 2007, pp. 11-29.

¹³ Almeida, 2013, p. 544.

¹⁴ Colussi & Zatti, 1986, pp. 121, 122.

¹⁵ Antunes, 2015, p. 259.

¹⁶ Para Coutinho de Abreu, a atribuição da personalidade jurídica às sociedades traduz-se na justificação para o princípio da limitação da responsabilidade dos sócios. Sendo a sociedade uma pessoa jurídica, será esta, e não um terceiro, a responder pelas suas dívidas (Abreu, 2016, pp. 162-163).

desenvolvimento económico¹⁷, visto que combate a aversão ao risco dos potenciais investidores na sociedade. Verificada a insuficiência do património social, o risco da atividade societária é exteriorizado para o mercado, isto é, para os credores da sociedade¹⁸. Esta autonomia patrimonial não é, contudo, sempre respeitada, especialmente nas sociedades abertas, uma vez que a elevada amplitude de sócios acaba por originar maior discricionariedade no poder dos administradores. O controlo menos apertado destes por parte dos acionistas poderá incentivar à prática de atos desconformes ao interesse social, o que causará repercussões negativas no património da sociedade, sendo este a garantia dos credores.

Por seu turno, a personalidade jurídica societária é, frequentemente, utilizada para fins distintos dos que ditaram a sua atribuição. Efetivamente, não raras vezes, o substrato patrimonial da sociedade é utilizado para servir a pessoa dos sócios¹⁹. Desta feita, surgiu uma construção doutrinal denominada desconsideração da personalidade jurídica²⁰.

1.2. A *corporate governance* e a proteção do mercado

Abordada a questão da frequência com que, numa sociedade aberta, ocorre a mudança dos titulares do capital social, surge a preocupação quanto à instabilidade que este facto pode causar na gestão societária, dado o seu curto prazo, por norma, de permanência na sociedade²¹. Desta maneira, torna-se imperiosa a referência aos modelos de governação societária.

O desinteresse dos sócios pela vida da sociedade será a principal causa dos problemas de agência: a prossecução pelos administradores da sociedade dos seus próprios interesses, ao invés dos interesses sociais e dos sócios, a longo prazo²². Verifica-se que a administração da sociedade se encontra confiada, em exclusivo, ao seu órgão de administração, resultando no reduzido controlo da atuação deste. Este facto deve-se não só à localização geográfica dispersa dos sócios, mas também à reduzida expressão que os sócios detêm numa sociedade em que o capital é fortemente disperso²³, sendo que o

¹⁷ No sentido de que o princípio da limitação da responsabilidade impulsiona o nascimento das sociedades de capitais, cfr. Garrido, 2015, p. 106.

¹⁸ Da opinião de que se trata de um privilégio do acionista, em desfavor do credor, Garrido, 2015, p. 111.

¹⁹ Abreu, 2016, p. 166.

²⁰ “[M]étodo ou técnica através do qual o julgador, sem norma legal que expressamente o suporte, afasta a personalidade jurídica de um ente coletivo societário com vista a imputar um determinado efeito jurídico à realidade a ela subjacente”, segundo a definição proposta por Engrácia Antunes (Antunes, 2015, p. 224). Já a definição formulada por Coutinho de Abreu (Abreu, 2016, p. 166) refere que esta técnica provém da “derrogação ou não observância da autonomia jurídico-subjectiva e/ou patrimonial das sociedades em face dos respectivos sócios”. Para mais desenvolvimentos, cfr. Ribeiro, 2009.

²¹ Desta opinião, Ribeiro, 2015, p. 518.

²² Ribeiro, 2015, p. 518.

²³ Note-se, ainda, que esta separação de poderes não é, necessariamente, negativa, dado que é incentivada a aplicação de capitais na sociedade por parte dos investidores, uma vez que não terão preocupações quanto à sua gestão. Por seu turno, é, assim, promovida a repartição do risco económico e, ainda, a reunião massiva de capitais e, por conseguinte, o maior financiamento da sociedade (Antunes, 2015, p. 17). Defendendo que

combate às assimetrias de informação²⁴ decorrentes no seio da sociedade poderia dirimir os problemas de agenciamento, sendo os sócios empresários os mais aptos a realizar tal controlo. Deste modo, infere-se o relevo para a sociedade da existência de sócios empresários, dado que estes têm interesse no bom funcionamento, a longo prazo, da sociedade, bem como se realça a importância de atribuir aos sócios de minoria um papel mais ativo nesta.

Decorrente deste pressuposto, inserimos o estudo da problemática da relação de agência. Esta relação remonta a uma teoria de cariz económico e refere-se à situação em que a riqueza de um sujeito (denominado *principal*) se encontra dependente da atuação de outrem (o chamado *agent*)²⁵. Daqui se depreende que, nesta relação contratual, existe uma separação entre a qualidade de sócio e a atribuição da competência para a administração da sociedade. Desta separação acresce a suscetibilidade da existência de conflitos de interesses entre os *agents* e os *principals*, pelo que os primeiros tenderão a menosprezar os interesses dos agenciados²⁶, em prol dos seus próprios interesses. Ora, daqui emerge a importância da existência de um controlo à atuação dos *managers*, a fim de evitar estes efeitos nefastos. Deste modo, afirma-se que estas sociedades são o principal palco dos problemas de agência²⁷, tornando-se particularmente difícil assegurar que a gestão da sociedade vá ao encontro dos interesses dos seus investidores.

Para além dos *shareholders*, isto é, dos detentores de ações na sociedade, deparamo-nos, crescentemente, com uma série de outros sujeitos que, de algum modo, se encontram vinculados à sociedade, os *stakeholders*, que possuem, naturalmente, interesses legítimos na boa administração desta, a saber: credores²⁸, clientes, trabalhadores, fornecedores, entre outros²⁹. Na verdade, de acordo com os princípios da OCDE acerca do governo das sociedades³⁰ relativamente ao papel atribuído aos sujeitos, para além dos *shareholders*, com quem a sociedade estabelece vínculos, poderá ler-se o seguinte:

a gestão deverá ser assegurada por quem possua competências para o efeito, cfr. Silva, Vitorino, Alves, Cunha & Monteiro, 2006, p. 13.

²⁴ No entendimento de que deve ser prosseguida a garantia do direito à informação dos acionistas, cfr. Vaz, 2013, p. 37.

²⁵ “Agency theory analyses economic incentives in situations in which a person (the principal) delegates a task which affects his own welfare to another person (the agent). The principal and agent are assumed to have divergent interests so that the agent cannot be expected to act in the best interests of the principal.” – O’Sullivan, 2010, p. 293 e, ainda, Maia, 2009, p. 774.

²⁶ Para Pedro Maia, os *shareholders* serão os principais interessados numa atuação conforme o interesse social, uma vez que serão estes, em última linha, a suportar os custos económicos, posteriormente aos credores, trabalhadores e clientes da sociedade (Maia, 2009, p. 794).

²⁷ Maia, 2009, p. 794.

²⁸ Estes são apontados por Luís Brito Correia como aqueles que assegurarão a gestão estável da sociedade, de modo a que a garantia patrimonial dos seus créditos não sofra diminuições patrimoniais (Correia, 1993, p. 705).

²⁹ Neste entendimento, A. Gallego Córcoles pondera se, numa versão atual do interesse societário, deverão estar abrangidos os sujeitos com esta relacionados. Aliás, para este autor, a satisfação dos interesses dos credores traduz-se num incremento da criação de valor da participação dos sócios (Córcoles, 2013, p. 63).

³⁰ OCDE, 2004.

O enquadramento do governo das sociedades deve acautelar os direitos legalmente consagrados, ou estabelecidos através de acordos mútuos, de outros sujeitos com interesses relevantes na empresa e deve encorajar uma cooperação activa entre as sociedades e esses sujeitos na criação de riqueza, de emprego e na manutenção sustentada de empresas financeiramente saudáveis.

Dada a natureza plural das sociedades de capitais, somada ao próprio interesse dos administradores, igualmente se multiplicarão os interesses em conflito³¹, daí que Maria de Fátima Ribeiro afirme que se verifica uma “crise de confiança”³² em relação à orientação dos interesses que os administradores prosseguem.

O cerne desta questão residirá, pois, em garantir que a atuação dos *managers* terá em vista o interesse social³³, ao invés da cedência aos seus próprios interesses. Como solução para estes problemas de agência, foi sugerida a remuneração dos administradores com base no seu desempenho. O objetivo desta medida seria o de igualar o risco em que incorrem os sócios com o dos administradores, na medida em que estes últimos seriam remunerados de acordo com os resultados alcançados³⁴. Para que seja garantida a atuação dos administradores com a máxima eficiência, as medidas tal como o sistema de remunerações criarão custos de agência. A teleologia desse sistema é a assunção de que “a teoria da agência assenta numa visão económica das motivações do comportamento humano (...) mediante estímulos económicos³⁵”. Nesta senda, com a pretensão de alinhamento dos ganhos dos acionistas com o dos agentes, pretendeu-se que estes administrassem a sociedade com a assunção de um risco próprio. Todavia, a implementação de um sistema de incentivos poderá levar a que os membros do órgão de administração, cujo objetivo é fazer valer a sua remuneração, omitam a precária situação económica da empresa³⁶. De igual forma, repare-se que os ganhos dos acionistas não são valores limitados, pelos que os *managers* poderão incorrer em lucros exorbitantes³⁷. Por último, o facto de os administradores também incorrerem em risco poderá retrai-los na gestão da sociedade e este comportamento não é o mais desejável para a administração da sociedade³⁸, uma vez que a sua atuação deve ter sempre presente a assunção de que o risco é um elemento necessário na tomada de decisões de gestão, não se pretendendo, de modo algum, eliminá-lo.

³¹ Garrido, 2015, p. 162 e, ainda, Câmara, 2016, p. 531.

³² Ribeiro, 2009, p. 23. Para Luís Brito Correia, este resume-se à proteção e desenvolvimento do património social (Correia, 1993, p. 699).

³³ No entendimento de que o interesse social deve pautar toda a conduta do administrador, cfr. Garrido, 2015, p. 159.

³⁴ Maia, 2009, p. 814.

³⁵ Maia, 2009, pp. 871-872.

³⁶ Assim, Ribeiro, 2013, p. 54.

³⁷ Maia, 2009, p. 874.

³⁸ Maia, 2009, pp. 877, 879.

Os problemas propiciados por estas relações de agência foram a base da orientação da *corporate governance*, ou governação das sociedades, enquanto modelo de criação de valor para os acionistas e, igualmente, de restauração da confiança dos investidores nas grandes sociedades³⁹. Seguindo a conceção de Klaus Hopt⁴⁰, o governo das sociedades deverá visar, por um lado, uma vertente interna, relativa à organização e funcionamento destas e, concomitantemente, proceder a um controlo relativo às relações da sociedade estabelecidas entre a administração e os *stakeholders*.

O artigo 64º do CSC é referido como a norma legitimadora do dever de prossecução do interesse social. Na verdade, relativamente a este artigo coexistem duas correntes: uma institucionalista, que define o interesse social não só como meio de prossecução dos interesses dos sócios, mas, igualmente, do alcance da produtividade da empresa; e outra contratualista, que direciona o interesse social para o interesse comum dos sócios⁴¹. Verificamos que a última teoria é a tendencialmente seguida pela doutrina portuguesa⁴². Todavia, há doutrina que defende, de forma cada vez mais premente, que esse interesse não se limita apenas ao do ente societário, aos dos seus sócios ou aos dos trabalhadores, mas antes compreende a aglomeração de todas as partes interessadas⁴³.

Neste âmbito, sobre os administradores impendem deveres de cuidado e de lealdade. De acordo com a primeira vertente, estes deverão pautar a sua conduta de acordo com critérios de prudência, tendo como base uma relação de fidúcia. Já a consagração dos deveres de lealdade destina-se a orientar a atuação do órgão de administração, dada a circunstância de conflitos de interesse que possam existir. Da leitura do preceito do artigo 64º, n.º 1, b) do CSC, retira-se que os interesses dos chamados *stakeholders* deverão pesar nas decisões de gestão da sociedade.

A adesão às normas de *corporate governance* é de cariz voluntário e permite a recuperação da confiança nos mercados. Merece destaque o Código de Governo das Sociedades da CMVM, constituído por boas práticas de governação societária, como recomendações, fundamentalmente dirigidas às sociedades anónimas cotadas, de carácter voluntário ou autorregulatório (modelo *comply or explain*⁴⁴); e, ainda, o Código

³⁹ Dias, 2014, pp. 360-383 e, ainda, Ribeiro, 2009, p. 23.

⁴⁰ Vaz, 2013, p. 24.

⁴¹ Ribeiro, 2009, p. 538.

⁴² Ribeiro, 2009, p. 538.

⁴³ Gomes, 2007, pp. 551-569.

⁴⁴ Efetivamente, assim estatui o artigo 1º, n.º 3 do Regulamento n.º 4/2013 da CMVM: “Os emitentes devem explicar, de modo efetivo, justificado e fundamentado, a razão do não cumprimento das recomendações previstas no código de governo das sociedades adotado em termos que demonstrem a adequação da solução alternativa adotada aos princípios de bom governo das sociedades e que permitam uma valoração dessas razões em termos que a tornem materialmente equivalente ao cumprimento da recomendação.”

do IPGC⁴⁵. Dos principais parâmetros pelos quais se regem estas recomendações, sobressaem os deveres de divulgação de informação ao mercado.

1.3. Os sócios e a administração da sociedade

No âmbito societário, em particular, de sociedades abertas, encontram-se os mais variados tipos de sócios, sendo possível proceder à destrição entre sócios empresários⁴⁶ e sócios investidores⁴⁷. Neste sentido, os primeiros serão titulares de uma maior ou menor percentagem do capital social e possuem, à partida, interesse em intervir na administração da sociedade⁴⁸. Por seu turno, a segunda designação refere-se aos detentores de uma inexpressiva participação social, os quais apenas procuram a maximização do seu investimento a curto prazo, sem qualquer pretensão de participar na vida societária. Paralelamente, encontram-se, ainda, os investidores institucionais⁴⁹, distintos dos sócios individuais, os quais exercem a função de intermediação dos pequenos acionistas. Considera-se que esta categoria de investidores possui experiência, informação e conhecimento consideráveis, que originarão uma menor proteção conferida pelo legislador. Note-se que, no que respeita a estes investidores, apesar de normalmente surgirem em número maioritário na sociedade, os seus objetivos podem não se prender com a aquisição do controlo, por comparação com os sócios maioritários. Pelo contrário, os objetivos de investimento na sociedade tenderão a relacionar-se com a maximização do investimento por conta dos quais atuam.

Como se sabe, é aos sócios que compete a designação dos membros do órgão de administração da sociedade, conforme resulta do artigo 386º, n.º 2 do CSC, bem como a respetiva destituição. Segundo Maria de Fátima Ribeiro⁵⁰, a própria composição colegial⁵¹ do órgão de administração assenta no facto de assegurar a representação dos diversos interesses dos acionistas empresários. Acresce a dúvida acerca da compatibilidade do artigo 373º, n.º 3 do CSC, o qual apenas autoriza os sócios a tomarem deliberações acerca da gestão da sociedade, na medida em que o órgão de administração

⁴⁵ A legislação societária nacional não contém referência expressa ao governo cooperativo, contrariamente à Ley del Mercado de Valores espanhola, que dedica o artigo 185º a estas matérias.

⁴⁶ Também sócios de maioria, cujos interesses contendem com o crescimento da sociedade, nomeadamente através de fusões e aquisições – cfr. Almeida, 2002, p. 104.

⁴⁷ Podem ser designados de sócios financeiros ou de minoria, dado o seu interesse coincidir na valorização das suas participações e maximização dos seus dividendos (Almeida, 2002, p. 104).

⁴⁸ Cfr. Ribeiro, 2009 e, também, González, 2002, p. 63. Quanto à dificuldade em rotular a qualidade de sócio empresário, cfr. Maia, 2002, pp. 43-44. O autor considera que a sua distinção quanto aos sócios puramente investidores não é estanque, pois é errado dizer que os primeiros não pretendem, igualmente, comungar dos lucros sociais.

⁴⁹ O artigo 30º, n.º 1 do CVM contém uma enumeração taxativa de investidores qualificados. Desta qualificação decorre que estes possuem conhecimentos e experiência superiores aos investidores não institucionais (Alexandre, 2004, pp. 9-27).

⁵⁰ Ribeiro, 2015, p. 508.

⁵¹ Não se verificará aquando da existência de um administrador único, desde que o capital social não exceda 200 000 € (art. 390º, n.º 2 do CSC).

o requeira, com a norma do artigo 405º, que indica que o conselho de administração se deve subordinar aos interesses dos acionistas. A solução a consagrar passará por atribuir um carácter vinculativo às deliberações dos sócios solicitadas pelo conselho de administração, sempre que tal esteja fixado no pacto social⁵². Naturalmente, quanto maior a presença no quotidiano da sociedade, mais informações possuirão os sócios, situação que permitirá o acesso a tomadas de decisões mais esclarecidas quanto à sua organização⁵³. Por acréscimo, quanto maior tiver sido o investimento realizado pelos acionistas na sociedade, maiores esforços no sentido de uma gestão cuidada da sociedade serão feitos. Embora a afirmação não seja dogmática, são os grandes acionistas quem possui mais interesse no acompanhamento próximo da atuação do órgão de administração, pelo que o controlo das funções deste órgão é, normalmente, por eles realizado, dado o maior interesse que possuem relativamente ao bom funcionamento social, por comparação com o órgão de fiscalização, que é um terceiro em relação à sociedade⁵⁴. No entanto, a sociedade terá todo o interesse em captar os pequenos investidores, pois embora estes apenas ambicionem a maximização dos seus dividendos e, por regra, se mostrem indiferentes aos destinos da sociedade, o fim social será o lucro (artigo 6º do CSC), e, assim, o financiamento constitui-se como uma condição necessária para o alcançar. Neste sentido, terá de ser garantido a este tipo de sócios a possibilidade de uma representação mais acentuada na sociedade. Inevitavelmente, tal não se contende com os objetivos dos sócios empresários, sendo que os conflitos de interesses entre os sócios poderão desencadear alguma instabilidade na gestão da sociedade⁵⁵.

Por último, repare-se que a íntima relação que se estabelece entre acionistas empresários e a gestão da sociedade reflete-se no menosprezo dos interesses dos *stakeholders*, dos quais fazem parte os acionistas investidores. Emerge, deste modo, a dúvida acerca da devida tutela destes investidores neste tipo societário.

1.3.1. As vias legais de tutela dos (pequenos) investidores

Pelo que foi exposto, pode considerar-se que, em certos casos, a atuação dos acionistas empresários reveste a forma de atuação de um administrador de facto⁵⁶. Por outras palavras, a expressão refere-se ao sujeito que, “sem ocupar formalmente o cargo de administrador por efeito de uma designação (ainda que a sua nomeação esteja afetada por algum vício ou irregularidade), exerce de modo efetivo as funções de

⁵² Ribeiro, 2015, p. 514.

⁵³ Ribeiro, 2015, p. 520, Maia, 2002, pp. 43-44.

⁵⁴ Segundo Pedro Maia, os sócios empresários não tenderão a encarar a sua participação societária como um mero investimento, mas como uma estratégia empresarial (Maia, 2002, pp. 43-44).

⁵⁵ Ribeiro, 2015, p. 518 e, ainda, Maia, 2002, pp. 43-44.

⁵⁶ Igualmente, na literatura espanhola, encontramos várias referências ao administrador de facto como “un sujeto que ejerce labores de gestión sin tener la cobertura formal que el nombramiento proporciona” (Chiner, 2003, p. 150).

administração⁵⁷. Esta equiparação do sócio empresário a um administrador de facto é, contudo, de difícil prova, sendo necessário o preenchimento cumulativo dos requisitos exigíveis para a sua qualificação como tal, bem como dos respeitantes à sua responsabilidade enquanto administrador de direito. Em concreto, exige-se que o administrador de facto tenha autonomia e possa influenciar o verdadeiro gerente ou administrador⁵⁸. Deste modo, os investidores minoritários que sintam a sua posição social prejudicada poderão lançar mão do mecanismo do artigo 72º do CSC, o qual prevê a responsabilização dos administradores quando a sua conduta seja suscetível de causar danos à sociedade, devendo a mesma ser intentada contra os administradores de facto e de direito. Entendemos ser este artigo aplicável ao administrador de facto, por força do artigo 80º do CSC⁵⁹, dada a sua referência a todo aquele que administre, de facto, a sociedade sem assumir a titularidade do órgão de administração⁶⁰.

De igual modo, sempre que os administradores violem os seus deveres para com a sociedade e esta, por inércia, não exerça o seu direito de intentar ação social contra eles, nos termos do artigo 72º do CSC (a chamada ação *ut universi*) poderão os sócios minoritários lançar mão desta via. A ação exercida por uma minoria de sócios contra a sociedade (ação *ut singuli*) possui cariz subsidiário, visto que o direito que se pretende ver ressarcido com a propositura da ação será o social, ou seja, da viabilidade desta ação resultará o ressarcimento do património social. Esta possibilidade tem fundamento legal no artigo 77º, n.º 1, do CSC e a sua propositura é legitimada para os detentores de, pelo menos, 5% do capital social. Ressalvamos, no âmbito das sociedades emittentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado⁶¹, que esta é admissível para os detentores de apenas 2% do capital, e já não de 5%, como exigido para os restantes tipos societários. Esta possibilidade constitui, assim, um direito de minoria qualificada, pelo facto de ter de estar reunida uma quota minoritária de capital social⁶².

Por fim, interessa referir a hipótese de anulabilidade da deliberação tomada, de forma abusiva, em Assembleia Geral, conforme preceitua o artigo 58º, n.º 1, b) do CSC⁶³. Deste modo, quando os sócios tenham votado de forma abusiva para conseguir vantagens especiais para si ou para terceiros, em prejuízo da sociedade ou de outros

⁵⁷ Costa, 2014, p. 243.

⁵⁸ Para Ricardo Costa, os administradores de facto servem-se da interposta pessoa do administrador de direito, impondo instruções, as quais implicam uma “expectativa de obediência” (Costa, 2014, p. 653).

⁵⁹ Note-se que, no ordenamento espanhol, a responsabilidade dos administradores perante a sociedade, sócios e credores encontra-se regulada no artigo 236º, n.º 1, da Ley de Sociedades de Capital. A sua especificidade, por comparação com a lei nacional, é a expressa referência à figura do administrador de facto, no n.º 3 deste artigo, entendendo-se aqueles que, com ou sem título, exercem as funções que incumbem a um administrador de direito. Por força do n.º 3 deste preceito, os administradores não formais serão, nos mesmos termos, responsabilizados quando ajam com dolo ou culpa.

⁶⁰ Ribeiro, 2009, p. 468.

⁶¹ Constituem sociedades abertas, por força do artigo 13º, n.º 1, c) do CVM.

⁶² Triunfante, 2004, p. 444.

⁶³ Ribeiro, 2009, p. 558 e Ribeiro, 2015, p. 527.

sócios, tal deliberação poderá vir a ser considerada anulável. Se se verificar esta ocorrência, será necessário passar o chamado teste de resistência, isto é, a deliberação será convalidada se se provar que esta teria sido aprovada mesmo sem a existência daquele voto abusivo. Ademais, para além de o voto efetivamente atentar contra o interesse dos outros sócios, terá, de igual modo, de desrespeitar o interesse social, nomeadamente através da violação do dever de lealdade⁶⁴. Quer isto significar que, se a deliberação foi tomada de acordo com o fim (art. 6º do CSC) e interesse da sociedade, não é passível de anulação. Caso contrário, os sócios que contribuíram para que tal deliberação fosse tomada através do seu voto abusivo responderão perante a sociedade e os outros sócios, através do ressarcimento do património social, de acordo com o artigo 58º, n.º 3 do CSC. Se a sociedade ou os sócios não exercerem os seus direitos, poderão os credores sociais subrogar-se-lhe, estabelecendo-se um paralelismo legal com a figura do artigo 78º, n.º 2 do CSC, exigindo que a indemnização seja paga à sociedade⁶⁵.

Verificamos, portanto, como a lei societária consagra vários mecanismos de proteção dos sócios ditos minoritários enquanto investidores societários, bem como dos credores sociais.

1.4. A necessidade de informação do mercado acerca do funcionamento da sociedade

Nas palavras de Paula Costa e Silva⁶⁶, as sociedades abertas necessitam de um regime adequado à proteção e estimulação de captação de poupanças. Tal deve-se à existência de um capital aberto disperso, o que trará preocupações no que concerne à veiculação de segurança, transparência e informação. Desde logo, a qualidade da informação prestada é objeto de preceito no CVM, mais concretamente, no seu artigo 7º, que estipula que a mesma se deve revelar completa, verdadeira, atual, clara, objetiva e lícita⁶⁷. A exigência destes critérios espelha a preocupação com a formação de uma vontade esclarecida por parte dos potenciais investidores na sociedade⁶⁸. Por conseguinte, a violação dos deveres plasmados no referido artigo 7º constitui uma contraordenação muito grave, de acordo com o artigo 389º, n.º 1 do CVM.

De igual modo, encontra-se instituído no artigo 15º do CVM o princípio de igualdade de tratamento dos acionistas, cuja primeira manifestação será no âmbito do acesso à informação. De facto, com vista a captar o investimento na sociedade, torna-se

⁶⁴ Ribeiro, 2009, p. 561.

⁶⁵ Ribeiro, 2015, p. 576.

⁶⁶ Silva, P. C., 2008, pp. 541-571.

⁶⁷ Cfr., contudo, o Acórdão da 9ª Secção do Tribunal da Relação de Lisboa – Processo 2140/08-9, de 30/10/2008, o qual preceitua que estes requisitos não são cumulativos, bastando que a informação providenciada seja clara.

⁶⁸ Câmara, 2016, pp. 708-709.

necessária a disponibilização da informação aos potenciais investidores, designadamente a existência de participações relevantes. A transparência no seio do mercado de capitais constitui, efetivamente, um pilar do bom governo corporativo, favorecendo a correta formação da vontade do investidor⁶⁹. Constituem objeto de supervisão da CMVM, com fundamento legal no artigo 358º do CVM:

a) [a] proteção dos investidores; b) [a] eficiência e regularidade de funcionamento dos mercados de instrumentos financeiros; c) [o] controlo da informação; d) [a] prevenção do risco sistémico; e) [a] prevenção e repressão das atuações contrárias a lei ou regulamento; f) [a] independência perante quaisquer entidades sujeitas ou não à sua supervisão.

Da leitura destes preceitos do CVM, concluímos que os valores defendidos visam a tutela, em primeira linha, do próprio mercado, em virtude da assimetria de informação existente⁷⁰. Poderá, assim, afirmar-se que as regras que concernem à informação acerca da sociedade procuram a proteção não só dos investidores, mas também do mercado e, simultaneamente, evitar a prática de ilícitos⁷¹. Conforme ilustra A. Barreto Menezes Cordeiro⁷², “quanto mais informação for colocada à disposição dos mercados, menor será o risco incorrido pelos investidores”.

2. O direito de voto como instrumento essencial de influência societária

O direito de voto constitui um dos principais direitos atribuídos aos detentores de uma participação social, pela possibilidade que lhes dá de interferirem na vida da sociedade⁷³. Este direito⁷⁴ consiste na faculdade atribuída aos sócios de participarem nas deliberações tomadas em Assembleia Geral, expressando o sentido da sua vontade⁷⁵ e, através dele, é-lhes atribuído o poder de designar e destituir os membros do órgão de administração, revelando-se, por este motivo, uma das maiores ferramentas ao dispor

⁶⁹ Garrido, 2015, p. 187.

⁷⁰ Ferreira, E. P., 2001, pp. 137-159.

⁷¹ Câmara, 2016, p. 685.

⁷² Cordeiro, 2015, p. 275.

⁷³ Silva, P. C., 2005, p. 262.

⁷⁴ Regulado, genericamente, no artigo 21º, n.º 1, b) do CSC, como uma das manifestações do direito de participar nas deliberações de sócios e, mais expressamente, no artigo 55º, n.º 3, b) do CVM. A cada ação corresponderá um voto (art. 384º, n.º 1 do CSC), existindo, ainda, ações que não conferem nenhum direito de voto (as ações preferenciais sem voto, art. 341º do CSC). O contrato social, por sua vez, poderá limitar a um direito de voto certo número de ações (384º, n.º 2 do CSC). Para as sociedades abertas, a regulamentação específica encontra-se no artigo 23º-C do CVM.

⁷⁵ Segundo Armando Triunfante, “é o poder que qualquer sócio tem de participar na tomada de deliberações sociais, através da emissão de votos” (Triunfante, 2004, p. 96).

dos sócios para exercerem o seu poder no seio da sociedade. Neste sentido, a posse de ações que confirmam o direito de voto configura um meio eficaz de exercer influência sobre a sociedade, sendo que, estando perante uma sociedade aberta, não é necessário possuir uma grande percentagem do capital da sociedade para a dominar⁷⁶. Este direito, um dos mais importantes dos sócios, pelo poder que lhes confere, é, portanto, digno de especiais necessidades de regulação.

2.1. A especial regulamentação do direito de voto em sociedades abertas

A necessidade de incentivo ao exercício dos direitos de voto, em particular, nas sociedades abertas, originou a admissão do chamado “voto por correspondência”, isto é, a emissão do voto fora da assembleia, através da utilização de meios telemáticos. Esta via permite facilitar o efetivo exercício do direito de voto, bem como o ativismo dos acionistas, sem a necessidade da sua presença física⁷⁷.

Esta forma de voto poderá constituir, ainda, um meio de redução dos custos de agência⁷⁸. De facto, deparamo-nos, nas sociedades em análise, com um elevado grau de abstencionismo dos sócios, acabando a administração por decidir os destinos da sociedade, dada a inércia dos primeiros⁷⁹. Através deste meio de facilitação à participação societária, haverá menor propensão para a prossecução dos interesses dos *agents*.

Realce-se que esta modalidade constitui uma fuga ao princípio da tipicidade das formas de deliberação expressas no artigo 53º, n.º 1 do CSC⁸⁰. O incentivo à participação dos titulares de pequenas percentagens do capital na sociedade, consagrado no n.º 9 do artigo 384º do CSC, refere a possibilidade do exercício do direito de voto por correspondência, daí que do estatuto das sociedades anónimas deverá constar uma disposição sobre o seu exercício. Por seu turno, para as sociedades abertas, segundo o artigo 22º, n.º 2 do CVM, não pode ser afastada a possibilidade de votar por correspondência quanto às matérias da alteração do contrato de sociedade e de designação para os corpos sociais⁸¹.

⁷⁶ Segundo Paula Costa e Silva, “dir-se-á que domina a sociedade aberta quem dominar o exercício dos direitos de voto conducentes à formação da vontade juridicamente relevante dessa sociedade” (Silva, P. C., 2004, p. 334).

⁷⁷ Maia, 2009, p. 1029.

⁷⁸ Maia, 2009, p. 1051.

⁷⁹ Câmara, 2016, p. 558.

⁸⁰ Santos, 2000, p. 157.

⁸¹ Cfr., igualmente, a este propósito, as Recomendações da CMVM relativas ao exercício do voto por correspondência nas sociedades abertas. Consultado em www.cmvm.pt.

2.2. A Diretiva 2017/828

O incentivo ao exercício dos direitos dos acionistas é o objetivo almejado com a publicação da Diretiva 2017/828⁸², sucessora da 2007/36/CE⁸³. A diretiva alterada regulamenta o exercício de certos direitos dos acionistas das sociedades cotadas. Da análise dos seus considerandos, em específico do número 3, podemos aferir a política de incentivo ao exercício dos direitos de voto atribuídos aos acionistas que lhes permita realizar uma participação ativa na sociedade. O controlo eficaz relativo à efetiva realização desses direitos é considerado indispensável ao bom governo das sociedades. Neste sentido, a utilização de meios alternativos ao voto tradicionalmente emitido em Assembleia Geral, designadamente, a possibilidade do voto exercido através de procuração, tem vindo a ser desburocratizada, maximizando as possibilidades de exercício de direito de voto⁸⁴, como vem a consagrar o artigo 3.º-C já da presente Diretiva.

A recente Diretiva, obedecendo ao intuito de proporcionar um crescente incentivo ao envolvimento dos acionistas a longo prazo, assim como a um aumento da transparência no seio das relações ocorridas entre a sociedade e os investidores, vem estabelecer certos requisitos para o exercício dos direitos de voto dos sócios. Partindo da premissa de que existe uma cadeia complexa de intermediários entre a sociedade e os seus acionistas, a identificação destes encontra-se dificultada. Por conseguinte, há que atenuar as barreiras impeditivas do estabelecimento de relações de comunicação entre ambas as partes.

Da leitura do considerando 4, retiramos a especial necessidade da identificação de quem detém as ações aquando da utilização do voto por correspondência. Neste sentido, Manuel Requicha Ferreira refere que o propósito da identificação clara dos acionistas da sociedade cotada será o de “proteger os investidores e a transparência e assim fortalecer a confiança no mercado de capitais para, desse modo, promover a eficiência desse mercado⁸⁵”. No caso do recurso a um intermediário para o exercício do direito de voto do acionista, ressalva-se a finalidade da eficaz transmissão da comunicação ao acionista, bem como a garantia de que o seu direito será exercido mediante a sua autorização expressa e em seu benefício⁸⁶. Ao assegurar a maior transparência quanto ao mecanismo de voto por correspondência, o acionista terá a confirmação da receção do seu voto e,

⁸² Diretiva 2017/828, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de maio de 2017. Todas as diretivas mencionadas poderão ser consultadas em www.eur-lex.europa.eu.

⁸³ Diretiva 2007/36/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007.

⁸⁴ Cfr. considerando 10 da Diretiva 2007/36/CE.

⁸⁵ Ferreira, M. R., 2015, p. 329.

⁸⁶ Cfr. considerandos 8 e 9 da Diretiva 2017/828.

ainda, a discriminação de todos os encargos dos seus investimentos realizados nas sociedades de toda a União Europeia. Quanto ao aspeto da autenticidade do voto por correspondência, encontramos já vestígios da sua preocupação espelhados no CVM⁸⁷, de que são exemplos os artigos 22º, n.º 4 e o 390º, n.º 2, c). Nestes dois preceitos estabelece-se, respetivamente, o dever de verificação da autenticidade do voto e a informação de que essa omissão constitui uma contraordenação grave.

Com o fim de ajustar a gestão da sociedade aos interesses de todas as partes com quem esta estabelece vínculos contratuais, vem esta diretiva, ainda, destacar a importância de que a política de remuneração das sociedades seja adequadamente definida e que os acionistas tenham voz quanto à mesma e, consequentemente, que as suas remunerações sejam reveladas. Patente que está a crucialidade para uma gestão sã da sociedade em que os administradores se sintam incentivados para tal, esta diretriz permitirá, também, a existência de uma avaliação do desempenho dos administradores⁸⁸.

Todas estas medidas terão, como última *ratio*, um envolvimento efetivo e sustentável dos detentores de ações⁸⁹, tendo em vista um melhoramento do desempenho da sociedade a longo prazo, o que trará benefícios a todas as partes interessadas.

Analisada a importância do direito de voto para a detenção de influência quanto aos assuntos societários, realçamos o direito à informação⁹⁰, cuja finalidade é o exercício esclarecido conferido quer aos sócios, quer ao mercado em geral, o qual deve ser considerado como um meio auxiliar para obtenção daquele fim. Neste sentido, como foi aferido da preocupação atinente à publicação da Diretiva em estudo, a identificação exata dos acionistas da sociedade e a divulgação aos *stakeholders* tornam-se cruciais para um eficaz funcionamento do mercado de capitais. Por este motivo, de seguida, analisaremos a via de que se socorreu o legislador nacional de forma a evitar que a titularidade dos direitos de voto na sociedade de capitais fosse omitida, favorecendo, portanto, a transparência no âmbito das sociedades constituídas por capital disperso.

3. O regime de imputação dos direitos de voto do CVM

3.1. O artigo 20º do CVM – sua *ratio*

Na verdade, tem-se verificado que nem sempre quem possui controlo sobre o ente societário detém qualquer participação na sociedade, proliferando mecanismos de

⁸⁷ Neste sentido, Santos, 2000, p. 147.

⁸⁸ Cfr. considerandos 28-34 da Diretiva 2017/828.

⁸⁹ Cfr. considerando 14 da Diretiva 2017/828.

⁹⁰ Com vista ao desenvolvimento deste direito dos sócios, cfr. Cunha, 2016, p. 373.

domínio das mesmas, sem a titularidade de qualquer ação social⁹¹. Atente-se à circunstância de os investidores conseguirem influenciar uma percentagem de votos maior do que a efetivamente detida, pelo que esses votos, não formalmente detidos, sobre os quais exercem influência, deverão ser considerados na titularidade de votos desse sócio. Mais explicitamente, estamos perante a figura da titularidade indireta⁹², uma vez que, por exemplo, através da nomeação de titulares de órgãos sociais, se torna provável a existência de um certo controlo de uma pessoa sobre outra, sem que haja uma titularidade direta de participação social. Deste modo, a titularidade formal de um direito de voto deixa de ser indício de influência na sociedade, passando a titularidade material ou indireta dos direitos de voto a surgir em consideração, sempre que o legislador se refere à titularidade de direitos de voto. Tal tem-se conseguido, designadamente, através da influência de uma pessoa jurídica sobre outra⁹³, a concertação entre várias pessoas, ou a celebração de acordos parassociais, entre outros.

O ordenamento jurídico português procedeu à transposição, ainda que não fiel, do artigo 7º da Diretiva n.º 88/627/CEE⁹⁴ para o artigo 20º do CVM⁹⁵. Dos considerandos desta diretiva retira-se que, na falta de regulamentação em vários Estados-Membros da obrigação de informação aos investidores de participações qualificadas em sociedades abertas, esta se imporá, por motivos de ordem de confiança nos referidos investidores relativamente ao bom funcionamento do mercado.

Como ressalva Paulo Câmara:

O artigo 20º, nesta conformidade, faz relevar não apenas a titularidade do direito de voto mas também a influência no modo como o direito de voto pode ser exercido. É o equivalente mobiliário de uma norma de perigo abstracto – faz imputar direitos de voto a uma pessoa pelo perigo, abstractamente considerado, de esta influenciar o exercício do direito de voto, num conjunto de situações tipicamente definidas⁹⁶.

⁹¹ Domina-se, de igual modo, “os direitos de voto de que não se é titular se se puder determinar o modo como os respectivos titulares os devem exercer” (Silva, P. C., 2004, p. 334).

⁹² Esta figura encontra cabimento legal no artigo 483º, n.º 2 do CSC, o qual equipara a titularidade própria e direta do capital social da sociedade à titularidade indireta de uma participação social nesta conseguida através da interposição de terceiro. Assim, a titularidade jurídico-formal das ações é considerada suscetível de produzir os mesmos efeitos que a titularidade fáctico-material (Antunes, 2002, p. 283); para João Mattamouros Resende, as situações de titularidade indireta são aquelas em que “a situação do verdadeiro beneficiário económico é, para todos os efeitos, atuada por um terceiro, a quem é atribuída a qualidade de sócio” (Resende, 2010, pp. 82-83).

⁹³ Câmara, 2016, p. 542.

⁹⁴ Diretiva relativa às informações a publicar por ocasião da aquisição ou alienação de uma participação importante numa sociedade cotada na bolsa.

⁹⁵ Note-se que, recentemente, a Diretiva 2013/50/EU do Parlamento Europeu e do Conselho alargou os casos de imputação de direitos de voto, com o acréscimo da relevância dos instrumentos financeiros equivalentes às ações.

⁹⁶ Câmara, 2016, p. 543.

Assim, a *ratio* deste artigo não se prende somente com a determinação dos direitos de votos detidos pelos titulares formais dos valores mobiliários emitidos por essa sociedade, mas, de modo cada vez mais premente, por aqueles que, não tendo participação nenhuma, com toda a probabilidade podem determinar o sentido desse exercício⁹⁷. Nesta senda, o artigo 20º do CVM faz acrescer os direitos de voto detidos por terceiros à sociedade aos detidos pelos seus acionistas, através da implementação de critérios que façam presumir a probabilidade de os primeiros exercerem qualquer influência sobre os segundos⁹⁸.

Com vista, indiretamente, à aferição das várias técnicas de domínio da sociedade e, diretamente, de um “levantamento do véu” da verdadeira titularidade dos direitos de voto, o artigo 20º do CVM revela uma marcante preocupação com a titularidade indireta. Este artigo ocupa uma centralidade que lhe permite ser o ponto de partida para diversas funções.

Note-se que este mecanismo obedece a um “princípio da dupla imputação ou da imputação repetida”⁹⁹, significando que os direitos de voto, de acordo com os critérios constantes do artigo 20º, serão imputados quer ao titular material, quer ao titular direto. Não obstante, na Assembleia Geral apenas um exercerá os direitos de voto.

A importância da transparência por detrás da titularidade dos direitos de voto está ainda patente no facto de a construção do artigo 20º ser realizada com recurso à técnica da presunção¹⁰⁰ inilidível, sendo que, uma vez verificada a ligação entre determinadas pessoas, é ficcionado que uma pessoa exerce influência sobre os votos de outra¹⁰¹. A doutrina, de forma praticamente unânime, defende que, preenchida a *facti species* de qualquer das alíneas do artigo 20º, ocorrerá, necessariamente, a referida imputação de direitos de voto¹⁰². No entanto, para uma doutrina minoritária, esta presunção deveria ser analisada de forma relativa, valendo um juízo de ponderação¹⁰³. Na mesma ordem de ideias surge Paula Costa e Silva¹⁰⁴ a desfavor da automática imputação de direitos de voto a um sujeito, independentemente de este os influenciar ou não, que qualifica o artigo em análise de “esquema cego de imputações”. Neste âmbito, a mesma autora considera que

⁹⁷ De acordo com Manuel Requicha Ferreira, este artigo comporta dois grandes objetivos. O primeiro, o de proporcionar ao mercado “uma imagem verdadeira da influência e equilíbrio de poderes existente na sociedade cotada” (Ferreira, M. R., 2015, p. 332). O segundo, o de informar, de imediato, o mercado acerca da detenção ou perda de participação qualificada, ainda que tal detenção seja meramente material.

⁹⁸ Cfr. Ribeiro, 2007, p. 16.

⁹⁹ Assim o qualificam Schwark & Zimmer, 2010, *cit.* por Ferreira, M. R., 2015, p. 334. Também González, 2002, pp. 88-109. Consultado em www.cvm.pt.

¹⁰⁰ “[I]lações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido”, estatuídas no art. 349º do CC. As presunções absolutas são irrefutáveis, ao passo que as presunções relativas admitem prova em contrário (art. 350º, n.º 2 CC) (Machado, 2011, p. 111).

¹⁰¹ Tal deve-se à “intenção inconfessada de impedir que, em torno da imputação, surgissem litígios cuja apreciação careceria de prova e de resolução por meio de decisão fundamentada” (Baptista, 2016, p. 575).

¹⁰² Baptista, 2016, p. 576.

¹⁰³ Baptista, 2016, p. 576.

¹⁰⁴ Silva, P. C., 2007, pp. 243-282.

a exceção patente no artigo 20º, n.º 5 do diploma em apreço, a qual permite a ilicção da presunção relativa aos acordos relativos à transmissão de ações desencadear influência, potencial ou efetiva do participante sobre a sociedade participada, mediante prova, deveria ter equivalente para todo o regime previsto ao longo do artigo 20º¹⁰⁵. Deste modo, a lei permite que se gerem resultados indesejáveis, pelos efeitos despoletados pelas previsões legais contidas nas alíneas do artigo 20º, que nem sempre correspondem à realidade.

Em suma, citando Carlos Osório de Castro, procurámos resumir a finalidade do artigo em questão da seguinte forma: “imputar ao participante os direitos de voto cujo exercício se considere ser por ele influenciado ou influenciável¹⁰⁶”. Significa que urge garantir que o funcionamento do mercado de capitais se pautar por regras de transparência em relação ao controlo dos seus emitentes, proporcionando ao público-alvo garantias de segurança na informação prestada. Tudo isto terá aplicação prática nas matérias relativas à publicidade da aquisição e alienação de participações qualificadas, tendo em vista, nas palavras do mesmo autor, o “combate às estratégias de conflito e de evasão”.¹⁰⁷

3.2. A obrigação de comunicação de participações qualificadas – suas vertentes.

Específico desta variante societária é o conceito de participação qualificada¹⁰⁸, a qual não se resigna a uma mera participação social, visto que a esta se alia a existência de algum domínio na sociedade. Por este motivo, estão-lhe associados deveres específicos, como o de comunicação, consignado no artigo 16º do CVM¹⁰⁹, que impõe o dever de comunicar a existência de participações qualificadas à sociedade participada e à CMVM¹¹⁰, por parte não só dos detentores formais de ações, mas também dos detentores de facto de direitos de voto nessas sociedades, direitos esses que resultem da aplicação dos critérios elencados no artigo 20º do CVM¹¹¹. A necessidade do referido dever reside na importância conferida à informação que os acionistas e o mercado em

¹⁰⁵ Silva, P. C., 2007, p. 280.

¹⁰⁶ Castro, C. O., 2000, pp. 163-193. Consultado em www.cmvm.pt.

¹⁰⁷ Castro, C. O., 2000, pp. 163-193.

¹⁰⁸ “[S]ão aquelas que, ultrapassando certos patamares, isoladamente ou em conjunto, são susceptíveis de facultar algum poder na sociedade, ainda que não assegurem uma posição de domínio” (Almeida, 2013, p. 551).

¹⁰⁹ Enquanto no artigo 448º do CSC é imposta, ao acionista que detenha um décimo, um terço ou metade do capital de uma sociedade, a comunicação desse facto à sociedade participada. Já o regime do artigo 16º, n.º 1 do CVM alastra esta obrigação aos titulares de participações iguais ou superiores a 10%, 20%, um terço, metade, dois terços e 90% dos direitos de voto de uma sociedade aberta.

¹¹⁰ Cfr. artigo 16º, n.º 1, a) do CVM.

¹¹¹ Como fundamenta, legalmente, o artigo 16º, n.º 1, b) do CVM.

geral devem deter acerca dos reais detentores do controlo da sociedade, colocando-se termo ao anonimato destes.

Esta necessidade de divulgação de participações sociais decorre da Diretiva 2004/109/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de dezembro de 2004¹¹², relativa à harmonização dos requisitos de transparência, no que se refere às informações respeitantes aos emitentes cujos valores mobiliários estão admitidos à negociação num mercado regulamentado, denominada Diretiva da Transparência. Esta procura incentivar a exatidão, completude e oportunidade das informações prestadas¹¹³. Da análise dos considerandos 1 e 2 da mencionada Diretiva infere-se a importância de proporcionar uma informação o mais verdadeira possível ao mercado no geral, com vista à elucidação acerca da situação patrimonial efetiva da sociedade emitente. Daqui se denota uma preocupação mais direcionada para os credores societários, os quais sofrerão, em primeira linha, os prejuízos da debilidade patrimonial da empresa. O mecanismo previsto na legislação comunitária foi, assim, o de promover uma informação constante aos investidores acerca de todas as alterações relativas à detenção de participações qualificadas¹¹⁴. Esta prática terá em vista a transmissão de confiança aos investidores acerca do funcionamento da sociedade e, desse modo, tutelar, igualmente, o mercado. Assim, António Pereira de Almeida¹¹⁵ considera existir um natural interesse dos acionistas sobre quem possa vir a controlar a sociedade, na medida em que o valor das participações sociais destes dependerá, em grande medida, das relações de domínio nela existentes. Por sua vez, o público, cuja finalidade é levá-lo a uma tomada de decisão acerca da aquisição de ações na sociedade, deverá revestir-se de conhecimento sobre a configuração do poder na sociedade a investir. Podemos, então, aferir que o objetivo deste sistema de comunicação será o de garantir um mercado transparente, no qual os investidores da sociedade possam confiar as suas poupanças¹¹⁶. Este sistema associa-se a certas consequências resultantes da sua aplicação, como de seguida se verá.

3.2.1. O dever de lançamento de OPA

Outra das consequências associadas à imputação de votos do artigo *sub judice* é a obrigação de lançamento de uma oferta pública de aquisição, doravante denominada de

¹¹² Veio substituir a mencionada Diretiva n.º 88/627/CEE.

¹¹³ Cfr. considerando 1 da Diretiva 2004/109/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de Dezembro de 2004.

¹¹⁴ Cfr. considerando 2 da Diretiva 2004/109/CE.

¹¹⁵ Almeida, 2013, p. 562.

¹¹⁶ Gonzalez, 2009, p. 100. Segundo o autor, os objetivos da norma patente no artigo 16º do CVM serão os de “proteger o interesse dos restantes participantes e acionistas e dos órgãos sociais da sociedade e, por inerência, ao mercado, com o objetivo de evitar assimetrias informativas e permitir a transparência e o regular funcionamento do mercado”. E, concretamente, visará “permitir ao mercado saber quem está na posição de tomar decisões dentro da sociedade ou influenciar as decisões a tomar”.

OPA¹¹⁷. No âmbito das ofertas públicas (art. 109º do CVM), podemos integrar as ofertas públicas de distribuição e as ofertas públicas de aquisição. Enquanto as primeiras constituem um movimento de dispersão do capital, no qual a sociedade coloca ao dispor do público as suas participações num mercado primário, as segundas provocam uma concentração do capital, visto que o oferente, em troca das ações da sociedade, prestará uma contrapartida em dinheiro, num mercado secundário de valores mobiliários já emitidos. As ofertas públicas de distribuição¹¹⁸ abarcam as ofertas públicas de subscrição, quando se pretende desencadear a emissão de valores mobiliários, no mercado primário; e, ainda, as ofertas públicas de venda, que visam a distribuição, agora num mercado secundário de valores mobiliários já emitidos. A oferta pública de aquisição engloba a oferta pública de aquisição (em sentido restrito), que terá como contrapartida uma prestação em dinheiro, e também a oferta pública de troca, sendo que esta terá de coexistir com uma OPA e uma oferta pública de subscrição. Em sede de distinções, as OPAS poderão, em função do objeto da oferta, qualificar-se como gerais, quando englobem a totalidade dos valores mobiliários passíveis de subscrição ou aquisição, descontando os pertencentes ao oferente, ou parciais, cujo objeto é limitado¹¹⁹. Note-se que as ofertas obrigatórias são necessariamente gerais (cfr. art. 187º, n.º 1 do CVM). De facto, o dever de lançamento coloca o oferente num estado de sujeição, dada a regra da irrevogabilidade da proposta plasmada no artigo 130º do CVM. Ora, o facto de a OPA obrigatória ser incondicionalmente geral desencadeia muitos mecanismos de fraude que a tentam contornar e, daí, a necessidade da sua regulação pormenorizada.

Com efeito, esta não é mais do que uma proposta de um titular de valores mobiliários dirigida aos demais titulares, particularmente de ações¹²⁰, e cujo regime poderá ser encontrado nos artigos 173º e ss. do CVM¹²¹. A finalidade desta figura é a de garantir a repartição do prémio de controlo da sociedade, cabendo aos acionistas a decisão acerca da sua saída da sociedade ou a permanência nesta, sujeita à formação de uma nova maioria de controlo. No fundo, como salienta Paulo Câmara¹²², estamos perante “decisões de desinvestimento”. Destarte, nas sociedades abertas, qualquer

¹¹⁷ A principal diferença entre a oferta pública e a privada prende-se com o facto de a primeira se dirigir a destinatários indeterminados – cfr. artigos 109º e 110º (relativo a ofertas privadas).

¹¹⁸ Câmara, 2016, p. 587.

¹¹⁹ Câmara, 2016, p. 599.

¹²⁰ “A oferta pública de aquisição ou de troca permite a uma pessoa moral ou física efectuar uma proposta a todos os titulares de valores mobiliários de uma sociedade, publicamente e durante um determinado prazo, para comprar a um preço fixo ou trocar de acordo com uma paridade determinada todos ou parte dos títulos de que são proprietários. A oferta pública de aquisição é, portanto, uma técnica de aquisição de valores mobiliários que pode permitir obter o controlo de uma sociedade, conhecendo antecipadamente o custo da operação e respeitando o princípio da igualdade entre os destinatários” (Garcia, 1995, pp. 9-10). Cfr., também, Almeida, 2013, p. 584.

¹²¹ Tendo como finalidade a harmonização comunitária de regimes, foi aprovada a Diretiva 2004/25/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril de 2004, doravante designada por Diretiva das OPAs.

¹²² Câmara, 2016, p. 595.

pessoa detentora de ações, direta ou indiretamente, nos termos do artigo 20º do CVM, que ultrapassem um terço¹²³ ou metade dos direitos de voto correspondentes ao capital social ficará sujeita a uma obrigação de lançamento de OPA sobre a totalidade das ações e de outros valores mobiliários emitidos pela sociedade que confirmam direito à sua subscrição ou aquisição¹²⁴. O valor das percentagens fixadas na lei sobre cuja detenção impende o dever de lançar uma OPA reside no facto de, dada a dispersão do capital, bastar a detenção de uma reduzida percentagem de capital para ser possível dominar a sociedade.

Contudo, Manuel Requicha Ferreira¹²⁵ considera que este sistema não é isento de críticas, uma vez que é “irrelevante para efeitos de OPA obrigatória o facto de o acionista exercer um controlo efectivo da sociedade, (...) se a sua participação não ultrapassar as percentagens fixas de direitos de voto legalmente previstas”. Conclui este autor que “pode haver controlo para efeitos de OPA obrigatória sem que haja controlo material efectivo” e, inversamente, “pode existir, na prática, um controlo efectivo sem que haja dever de lançamento”¹²⁶. No entanto, o acionista poderá isentar-se desta obrigação lançando mão do mecanismo previsto no artigo 187º, n.º 2, em que faz prova à CMVM de que não exerce domínio na sociedade, nem com esta se encontra numa relação de grupo, uma vez ultrapassado o limite de um terço. Esta figura é regida pelos princípios da igualdade de tratamento e pelo princípio da estabilidade da oferta pública¹²⁷. Deste modo, o primeiro princípio elencado visa a igualdade no acesso à informação de todos os destinatários da oferta, com previsão legal no artigo 112º do CVM. O segundo quer significar que o conteúdo da oferta se deverá manter tendencialmente intocável na pendência desta. Este princípio aflora na da irrevogabilidade da oferta, iniciando-se este antes da aceitação do destinatário. Entre as vantagens associadas a esta figura encontra-

¹²³ Também no direito alemão é previsto que o controlo seja detido por titulares de, pelo menos, 30% dos direitos de voto da sociedade visada (§ 29 (2) do Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz) (Silva, P. C., 2007, p. 247). Situação idêntica ocorre no ordenamento jurídico inglês, em que a *Rule 9.1* do City Code estabelece que os detentores de, pelo menos, 30%, ou a partir de 50% dos direitos de voto, ficarão incumbidos de lançar uma oferta pública de aquisição, por se presumir que possuem interesse em controlar a respetiva sociedade (Ferreira, M. R., 2015, p. 312). O ordenamento francês preceitua, no art. 234-2 do Règlement de l'AMF, o dever de lançamento aquando da detenção de 30% do capital que confira direitos de voto a pessoa singular ou coletiva (Ferreira, M. R., 2015, p. 312). De forma similar, a jurisdição espanhola considera existir uma aquisição de controlo no caso de detenção de participação, direta ou indireta, igual ou superior a 30% dos direitos de voto (art. 131º, n.º 1 LMV) ou, alternativamente, no caso de participação inferior, a designação de um número de administradores que represente mais de metade do número de membros do órgão de administração da sociedade (art. 131º, n.º 1, *in fine*, da LMV). Note-se que este artigo corrobora o art. 4º, n.º 1 do RD 1066/2007, o qual, por seu turno, na alínea b) exigia que a referida designação dos membros do órgão de administração tivesse ocorrido nos 24 meses seguintes à aquisição da participação.

Finalmente, a jurisdição italiana difere ligeiramente deste panorama, uma vez que no art. 106, comma 1 do TUF, o dever de lançamento de OPA é imposto nos casos em que seja detida uma percentagem superior a 30% do capital social, representado por ações (Ferreira, M. R., 2015, p. 313).

¹²⁴ Cfr. art. 187º do CVM.

¹²⁵ Ferreira, M. R., 2015, p. 321.

¹²⁶ Da mesma opinião, Ferreira, M. R., 2015, p. 322.

¹²⁷ Para mais desenvolvimentos acerca destes princípios, cfr. Câmara, 2016, p. 576.

se o facto de o interessado se dirigir diretamente aos acionistas, não incorrendo em negociações diretas com a sociedade, através de uma única operação¹²⁸. Por seu turno, o inconveniente deste mecanismo, conducente à aquisição de controlo de uma sociedade, prende-se com a irrevogabilidade da proposta. De facto, o oferente encontrar-se-á vinculado à sua proposta inicial, o que poderá acarretar desvantagens patrimoniais quanto ao seu investimento.

Consequentemente, através do cumprimento desta obrigação de lançamento de OPA, resultará a perda da qualidade de sociedade aberta¹²⁹ e, por inerência, das especificidades a esta associadas. Esta perda de qualidade é causada uma vez que o capital deixa de estar disperso, conforme resulta do art. 27, n.º 1, a) do CVM. Os seus efeitos constam do artigo 29º do CVM, designadamente, a exclusão da negociação em mercado regulamentado, pelo que a sociedade deixará de ser regulada pelo CVM.

3.3. Análise do regime do artigo 20º

Prosseguimos com uma análise artigo 20º. A alínea a) do artigo em apreço permite que os direitos de voto detidos por terceiros, em nome próprio, mas por conta do participante, sejam computados aos inerentes às ações detidas pelo participante na sociedade¹³⁰. Neste caso, A possui 10% de ações com direito de voto (titularidade direta). Por seu turno, B detém votos por conta de A, mas em seu nome, verificando-se que, embora os efeitos jurídicos se traduzam na esfera de B, os efeitos económicos se refletem na esfera de A. Por este motivo, a lei presume que A irá influenciar a forma como B exerce os seus direitos¹³¹. Assiste-se, então, à presença de uma titularidade indireta dos direitos de voto, personificada na detenção por conta de outrem. Nestas situações, e segundo João Mattamouros Resende, “o verdadeiro titular dos valores mobiliários esconde-se por detrás de outrem que, para todos os efeitos, se comporta como titular da participação societária (...) Na verdade, porém, não passa de um testa de ferro: a sua atuação é, toda ela, funcionalizada por e para outrem, verdadeiro sócio oculto”.¹³² Trata-se, portanto, de uma atuação que, embora realizada em nome próprio, causará os seus efeitos, pelo menos os económicos, na esfera de outrem, o natural interessado¹³³. Deste modo, verifica-se que existe uma certa associação desta figura a uma transferência do risco

¹²⁸ Assim, Garcia, 1995, p. 17.

¹²⁹ Tal se dará por força do artigo 27º, n.º 1, a) do CVM. O fundamento da perda de qualidade basta-se com a perda de necessidade em conferir proteção aos detentores dos restantes 10% do capital, uma vez que não exerceram a possibilidade de desvinculação à sociedade (Silva, P. C., 2004, pp. 341-342).

¹³⁰ Trata-se de situações como o caso da comissão (art. 266º do CCom) ou o mandato sem representação (Almeida, 2013, p. 554).

¹³¹ Segundo Paula Costa e Silva, “aquele que suporta os riscos económicos, exerce, regra geral, influência decisiva no modo como o titular das ações exerce o seu direito de voto” (Silva, P. C., 2007, p. 257).

¹³² Resende, 2010, p. 99.

¹³³ Resende, 2010, p. 105.

económico, o que, todavia, nem sempre corresponderá à realidade¹³⁴. Verdadeiramente, a “cisão entre a titularidade ‘formal’ e a titularidade ‘económica’”¹³⁵ nem sempre será suportada, na totalidade, por terceiro, podendo este suportar esse risco de maneira irrisória. Neste sentido, apesar do natural controlo que, no exemplo dado, A possa exercer sobre B, tal não será, necessariamente, absoluto, pelo que poderão vir a ser imputados direitos de voto a quem, na verdade, não exerceu qualquer influência nestes¹³⁶.

Já a alínea b) do artigo em análise pressupõe que se considere, primeiramente, a existência de uma relação de domínio. Esta dá-se, nos termos do artigo 21º do CVM, que comporta que, se se verificar a existência de uma relação entre pessoa singular ou coletiva¹³⁷, independentemente de o domicílio se situar em Portugal, será possível exercer uma influência dominante direta ou indiretamente sobre o participante. Assim, são imputados ao participante os direitos de voto detidos por sociedades que com este se encontrem em relação de domínio ou de grupo. Importa, neste âmbito, destacar o conceito de influência dominante, o qual não se encontra adstrito à letra do artigo 21º, n.º 1 do CVM, constituindo, antes, uma cláusula geral¹³⁸.

Os acordos parassociais¹³⁹ de voto são objeto da alínea c) do mencionado artigo. Sempre que um sócio tenha celebrado um acordo referente ao exercício dos seus direitos de voto, os votos serão imputados ao terceiro participante no acordo social, salvo se desse acordo resultar a vinculação às instruções desse terceiro. Esta situação difere da circunstância de titularidade aparente, visto que é o próprio sócio quem incorre no risco económico da sua participação social. Neste caso, apenas se verifica que a orientação do voto ficará subordinada às instruções de terceiro¹⁴⁰. Saliente-se que, contrariamente ao que ocorria na Diretiva 88/627/CEE¹⁴¹, esta alínea do artigo 20º do CVM não exige que o acordo adote a forma escrita. Tal se justificará com o facto de as partes acordantes não pretenderem publicitar o seu vínculo a terceiros¹⁴². Estes acordos, quando visem adquirir, manter ou reforçar uma participação qualificada numa sociedade aberta, ou, inclusivamente, frustrar o êxito de uma OPA, terão de ser comunicados à CMVM, no prazo de três dias a contar da sua celebração, sob pena de anulação das deliberações

¹³⁴ Resende, 2010, p. 120.

¹³⁵ Nas palavras de Osório de Castro (Castro, C. O., 2000, p. 171).

¹³⁶ No sentido de que a delimitação dos direitos de voto se pode tornar excessiva, leia-se Câmara, 2016, p. 543.

¹³⁷ Contrariamente ao regime previsto para as sociedades fechadas, cfr. artigo 481º do CSC.

¹³⁸ De acordo com António Pereira de Almeida, esta não pressuporá a detenção da maioria dos direitos de voto, podendo ser efetiva ou potencial *in* (Almeida, 2013, p. 541).

¹³⁹ Estes encontram expressão legal no artigo 17º, n.º 1 do CSC, sendo necessário que as partes tenham assumido uma vinculação relativa ao modo de exercício do direito de voto.

¹⁴⁰ Altmann, 2013, p. 22.

¹⁴¹ Cfr. artigo 7º da Diretiva do Conselho de 12 de dezembro de 1988, *supra cit.*

¹⁴² Neste sentido, Altmann, 2013, p. 29.

tomadas, conforme resulta do regime do artigo 19º do CVM. Contudo, é possível submeter esta deliberação ao chamado “teste de resistência”, isto é, provar que esta teria sido adotada mesmo sem esses votos, ou seja, se, descontados os votos emitidos no âmbito do acordo, a deliberação continuasse a ter maioria suficiente para ser aprovada. Exemplificando, A celebra um acordo de voto com C e D, em que todos assentam seguir as instruções de C. Por força da alínea em apreço, os votos que A detenha são imputados a C, bem como serão os de D. Portanto, a C, para além de lhe serem imputados os votos decorrentes da sua titularidade direta, serão, de igual modo, imputados os dos participantes com os quais celebrou um acordo parassocial. Para que o teste de resistência seja superado, esta deliberação teria de contar com os votos a favor dos restantes sócios da sociedade que, juntamente com C, perfizessem a maioria exigível para que tal deliberação fosse válida, nos termos dos artigos 383º e 386º do CSC. A situação seria distinta no caso de o acordo celebrado ter estabelecido que os participantes votassem no sentido que melhor lhes aprouvesse. Neste cenário, estaríamos perante um caso de imputação recíproca, em que os três sujeitos ficariam, entre eles, a deter influência do conjunto dos seus direitos de voto.

O próximo caso de imputação de direitos de voto encontra-se previsto na alínea d) do mesmo artigo e apenas é aplicável quando o participante seja uma sociedade. Nesta situação, são considerados os votos pertencentes aos titulares dos órgãos administrativos e fiscalizadores. A *ratio* desta hipótese legal será a assunção de que quem controla a sociedade participante influenciará o sentido de voto que esta exerça na sociedade participada¹⁴³. Acresce a este regime a circunstância de ao participante corresponderem ações que ele possa adquirir em virtude de acordo celebrado com terceiros, como estabelece a alínea e) do preceito. Esta alínea engloba os contratos-promessa de compra e venda de ações, bem como os futuros e opções, admitindo que os votos dessas ações já serão influenciados em função da vontade de um possível comprador¹⁴⁴. No âmbito da alínea f) do artigo em estudo, serão ainda computados os direitos de voto inerentes a ações detidas em garantia pelo participante. Estão, também, previstas as situações de atribuição ao participante de poderes discricionários para o exercício de direitos de voto de terceiros (art. 20º, n.º 1, g))¹⁴⁵. Estão incluídas, na alínea g), os casos de *empty voting*, ou seja, quando são concedidas procurações com poderes discricionários para o voto. As situações abrangidas na alínea g) distinguem-se da celebração de acordos parassociais, na medida em que, nestes últimos, alguém decide o sentido de voto, enquanto nos casos

¹⁴³ Almeida, 2013, p. 544.

¹⁴⁴ A entrada em vigor do D.L. n.º 22/2016, de 03/06, levou ao desdobramento da alínea e) em duas subalíneas, passando, assim, a abranger expressamente os acordos que confirmam o direito incondicional ou a opção de adquirir, por força de acordo vinculativo, ações com direitos de voto já emitidos.

¹⁴⁵ Esta alínea teve origem na Diretiva n.º 2004/109/CE, alínea h).

da alínea *sub judice* é facultado o poder de exercício de direitos de voto no sentido desejado, sendo a imputação feita unilateralmente ao representante do titular. Dedicaremos, doravante, maior atenção ao conceito de exercício concertado de influência. A alínea h) do artigo 20º pode ser desdobrada em duas partes, a saber, imputam-se os direitos de voto “detidos por pessoas que tenham celebrado algum acordo com o participante que vise adquirir o domínio da sociedade ou frustrar a alteração de domínio” e, por seu turno, destina-se aos elementos que constituam um “instrumento de exercício concertado de influência sobre a sociedade participada.” Os casos a abranger pela primeira parte da alínea serão, geralmente, os acordos de aquisição de ações ou de não venda. Por exemplo, A e B obrigam-se a comprar 5% de ações cada um, consubstanciando-se numa imputação bilateral. A posição de António Pereira de Almeida vai no sentido da inutilidade desta parte da alínea, a qual já teria consagração legal na alínea c) deste preceito¹⁴⁶. Por outro lado, João Mattamouros Resende procede a uma destrição relativamente aos acordos a incluir nas alíneas c) e h), dado que considera que, quando estes são reduzidos a escrito, terão cabimento legal na alínea c) do preceito¹⁴⁷. Por seu turno, Paula Costa e Silva considera que qualquer acordo determinante do exercício concertado de influência que lance mão do direito de voto e que, através deste, se verifique um impedimento na alteração de domínio ou na sua aquisição será imputado aos participantes por via da alínea c), sempre que estes acordos possuam natureza vinculativa. Neste sentido, a alínea h) terá aplicação nas circunstâncias em que o mecanismo utilizado seja outro que não o direito de voto, como meios jurídico-societários¹⁴⁸. Cabe, agora, analisar a segunda parte, a clarificação do entendimento de exercício concertado de influência presente no artigo 20º, n.º 4¹⁴⁹ deste diploma, que estabelece que os acordos relativos à transmissibilidade das ações constituem instrumentos de exercício concertado de influência¹⁵⁰. Para a maioria da doutrina¹⁵¹, a atuação concertada apenas está patente nesta alínea; porém, para Daniela Baptista¹⁵², todo este regime se refere a práticas concertadas, consubstanciando uma cláusula geral, na qual poderá ser abrangido o que não tem consagração expressa noutras alíneas. Tratando-se de uma atuação em concertação, pressuporá, naturalmente, uma imputação bilateral, ou seja, a ambas as partes serão imputados os direitos de voto.

¹⁴⁶ Almeida, 2013, pp. 560-561.

¹⁴⁷ Resende, 2010, p. 183.

¹⁴⁸ Silva, P. C., 2007, pp. 276-277.

¹⁴⁹ Da opinião de que estes acordos já estariam abrangidos pela alínea e), distinguindo, portanto, os casos aplicáveis ao preceito do artigo 20º, n.º 4 como os votos imputáveis àqueles já detidos por quem celebra o acordo, e já não aqueles que o contraente do acordo venha a adquirir de terceiro (Silva, P. C., 2007, p. 277).

¹⁵⁰ Esta presunção apenas poderá ser ilidida perante a CMVM mediante prova de que a relação estabelecida com o participante é independente da influência, efetiva ou potencial, sobre a sociedade participada (artigo 20º, n.º 5 do CVM).

¹⁵¹ Almeida, 2013.

¹⁵² Baptista, 2016, pp. 199, 173.

Importa destacar, neste âmbito, a definição comunitária de atuação em concertação, para efeitos da Diretiva das OPAs, a qual se encontra no artigo 2º, n.º 1, d), definida deste modo: “pessoas singulares ou coletivas que cooperam com o oferente ou com a sociedade visada com base num acordo, tácito ou expresso, oral ou escrito, tendo em vista, respetivamente, obter o controlo da sociedade visada ou impedir o êxito de uma OPA”. Daqui resulta a irrelevância do modo pelo qual o acordo é formulado, o que para Daniela Baptista¹⁵³ dará azo a uma multiplicidade de situações abrangentes e, por conseguinte, a uma grande incerteza jurídica.

A inserção do conteúdo da alínea i) no artigo em análise vem considerar igualmente imputáveis ao participante os direitos de voto inerentes a ações subjacentes a instrumentos financeiros detidos pelo mesmo, indexados às ações mencionadas na alínea e).

Terminamos a análise do preceito com a referência à imputação em cadeia, prevista na alínea j), que, segundo Paula Costa e Silva¹⁵⁴, dever prosseguir-se “até onde for necessário para que se determine quem domina, efetivamente, a sociedade visada”. Contudo, haverá que ressaltar que a imputação apenas deverá ter lugar nos casos em que seja exercido um domínio efetivo e não uma mera presunção deste. Deste modo, critica-se o sistema instituído pelo artigo 20º do CVM, o qual, devido às dificuldades de prova atinentes à detenção da titularidade direta, acaba por estabelecer presunções de domínio, as quais poderão não ter fundamento real.

3.4. Relação ao artigo *sub judice* com a proteção do mercado

Em jeito de súmula do que foi apresentado quanto ao artigo 20º do CVM, fiquemos com as palavras de Paula Costa e Silva¹⁵⁵:

a razão de semelhante imputação reside na necessidade de atingir o controlo real e efectivo de uma sociedade aberta. Se esta for controlável através de direitos de voto, mais importante do que saber a quem pertencem formalmente esses direitos, é saber quem tem legitimidade para o respectivo exercício de modo discricionário. Ou seja, mais importante do que o plano formal da titularidade é o plano do controlo do modo e do sentido do exercício do direito de voto.

Desta citação aferimos que, dada a importância, já analisada, do direito de voto e as necessidades de proteção de que carecem os investidores nas sociedades de capital,

¹⁵³ Baptista, 2016, p. 46.

¹⁵⁴ Silva, P. C., 2007, p. 279.

¹⁵⁵ Silva, P. C., 2007, p. 247.

estamos perante muitas relações de poder, que não permitem o conhecimento de quem exerce o poder efetivo na sociedade. Ora, a troca de informações, como se viu, é fundamental para levar os potenciais aforradores a confiarem a aplicação das suas poupanças na aquisição de ações sociais. Para tal, importará pôr a descoberto quem detém o real controlo da empresa, de modo a que os deveres de informação a esses atinentes não sejam omitidos. Por acréscimo, e na possibilidade de podermos estabelecer um paralelismo entre a finalidade subjacente ao artigo 20º do CVM quanto a outro mecanismo legal societário, julgamos que a escolha recai sobre a figura do “levantamento do véu” da pessoa jurídica societária. De facto, desconsiderando a personalidade jurídica de uma sociedade, serão postos a descoberto os reais interesses escondidos no seu interior, tal como refere José Hurtado Cobles. O autor espanhol afirma que o mecanismo de imputação de direitos de voto é um “instrumento para evitar el fraude e impedir que, a través de un mecanismo formalmente correcto, se produzca un resultado materialmente antijurídico”¹⁵⁶. E acrescenta “el conjunto de actos jurídicos públicos dirigidos a sacar a la luz (o poner de relieve) una realidad ocultada mediante maniobras dirigidas a exonerar a un sujeto de sus obligaciones legales”. Do mesmo modo, o regime de imputação de direitos de voto visa separar a realidade formal da material. Parece-nos, assim, que o objetivo inerente a ambos os regimes acaba por ser o mesmo, pois resulta no “desmascarar” da verdadeira situação societária e faz repercutir as consequências associadas a esta realidade.

Conclusão

No decorrer do presente trabalho deu-se a conhecer as características das sociedades abertas, como modo de previsão das consequências que o investimento neste tipo de sociedades poderá acarretar. Entre estas salienta-se a pluralidade de sócios, o desinteresse destes pelos assuntos de gestão, e o reduzido controlo do órgão de administração, o que, por conseguinte, exponencia os problemas de agência nesta tipologia societária.

A coexistência de vários tipos de sócios levará, igualmente, a um conflito de interesses interno, pelo que elencamos mecanismos tendentes à proteção dos acionistas minoritários, como a anulação da deliberação tomada por voto abusivo de algum sócio.

Efetivamente, vimos a concluir que a lei societária proporciona aos pequenos investidores várias vias de proteção, como é o exemplo da possibilidade de exercer o voto

¹⁵⁶ Cobles, 2000, p. 61.

por correspondência. Em sede de sociedades abertas, a vantagem de exercício desse direito sai, até, reforçada, pela impossibilidade da sua derrogação em certas matérias.

A referência aos modelos de governação emergiu da assunção de que esta é mister para que exista um controlo da atuação dos administradores, uma vez que terá reflexos numa panóplia de sujeitos que se encontra ligada à sociedade.

As necessidades de estabelecimento de relações transparentes entre sociedade e acionistas saem reforçadas com a transposição da Diretiva 2017/828, a qual reforça a existência de comunicações entre ambas as partes, através da obrigatoriedade de identificação dos acionistas, pelo que o já incentivado exercício ao direito de voto pela legislação societária nacional encontra um redobrar da sua efetividade.

Por último, através da análise do artigo 20º, como meio encontrado pelo legislador para aferir as situações de titularidade indireta existentes no seio da sociedade aberta, encontramos as circunstâncias da interposição de terceira pessoa, a celebração de acordos parassociais ou, ainda, a atuação concertada. Como se sabe, a finalidade deste artigo é a de proporcionar clareza quanto à pessoa dos sócios que investem nestas sociedades¹⁵⁷, de modo a proteger o mercado de capitais. Não obstante, o método utilizado acaba por imputar direitos de voto a quem não os exerce, não se alcançando, assim, o propósito inerente ao artigo, que é o de determinar quem possui o real poder de domínio destas sociedades.

¹⁵⁷ Quanto à importância da revelação da identidade das pessoas que controlam ou estão em condições de controlar a sociedade, para o melhoramento da sua imagem do mercado, cfr. Doña, 1999, pp. 4662-4754. Consultado em <http://eprints.ucm.es>.

Bibliografia

ABREU, J. M. (2016). Curso de direito comercial: Das sociedades, vol. II. Coimbra: Almedina.

ALEXANDRE, I. (2004). Investidor institucional, não institucional equiparado e investidor comum. In AA.VV., Direito dos valores mobiliários, vol. V, pp. 9-27. Coimbra: Coimbra Editora.

ALMEIDA, A. P. (2002). Estrutura organizatória das sociedades. In AA.VV., Problemas do Direito das sociedades. Coimbra: Almedina.

ALMEIDA, A. P. (2013). Sociedades comerciais, valores mobiliários, instrumentos financeiros e mercados: As sociedades comerciais (7.^a Edição, vol. I). Coimbra: Coimbra Editora.

ALTMANN, S. (2013). A imputação de direitos de voto no mercado de capitais - Em especial o acordo para o exercício do direito de voto. Tese de Mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios, Universidade Católica Portuguesa, Escola de Direito, Porto.

ANTUNES, J. E. (2002). Os grupos de sociedades – Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária, 2.^a Edição. Coimbra: Almedina.

ANTUNES, J. E. (2015). Direito das sociedades, 5.^a Edição. Porto: Edição de Autor.

BAPTISTA, D. F. (2016). A atuação concertada como fundamento de imputação de direitos de voto no mercado de capitais. Porto: Universidade Católica Editora.

BRITO, V., & ABREU, M. (2009). Uma nova medida de confiança: Estudo empírico para Portugal. Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, n.º 34, pp. 37-53. Retirado de Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários: <https://www.cmvm.pt/pt/EstatisticasEstudosEPublicacoes/CadernosDoMercadoDeValoresMobiliarios/Pages/CadernoN34.aspx>

CÂMARA, P. (2016). Manual de direito dos valores mobiliários (3.^a Edição). Coimbra: Almedina.

CASTRO, A. R. (2016). A imputação de direitos de voto nos termos do artigo 20º do código dos valores mobiliários. Tese de Mestrado em Direito das Empresas e dos Negócios, Universidade Católica Portuguesa, Faculdade de Direito, Porto.

CASTRO, C. O. (2000). A imputação dos direitos de voto no código dos valores mobiliários. Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários(7), 163-193. Retirado de Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários: <https://www.cmvm.pt/pt/EstatisticasEstudosEPublicacoes/CadernosDoMercadoDeValoresMobiliarios/Pages/CadernoN7.aspx>.

CHINER, N. L. (2003). El administrador de hecho en las sociedades de capital. Granada: Editorial Comares.

COBLES, J. H. (2000). La doctrina del levantamiento del velo societario - estudio práctico sobre su aplicación por los tribunales españoles. Barcelona: Atelier Editorial.

COLUSSI, V., & ZATTI, P. (1986). Diritto commerciale. Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antonio Milani.

CÓRCOLES, Á. G. (2013). La intervención de la Junta General de Accionistas ante la formulación de adquisición de acciones. Revista de Derecho de Sociedades, n.º 39.

CORDEIRO, A. B. (2015). Direito dos valores mobiliários, vol. I. Coimbra: Almedina.

- CORREIA, L. B. (1993). Os administradores de sociedades anónimas. Coimbra: Almedina.
- COSTA, R. (2014). Os administradores de facto das sociedades comerciais. Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito. Coimbra: Almedina.
- CUNHA, P. O. (2016). Direito das sociedades comerciais, 6.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- DIAS, G. F. (2014). Financiamento e governo das sociedades (debt governance). III Congresso Direito das Sociedades em Revista, 360-383.
- DOÑA, M. D. (1999). Transparencia del mercado: Adquisición de participaciones significativas en sociedades cotizadas. In AA.VV., Instituciones del mercado financiero: Mercado de valores, vol. II, pp. 4662-4754. Madrid: La Ley.
- FERREIRA, E. P. (2001). A informação no mercado de valores mobiliários. In AA.VV., Direito dos valores mobiliários, vol. III, pp. 137-159. Coimbra: Coimbra Editora.
- FERREIRA, M. R. (2015). Acordos de aceitação e de não-aceitação de OPA. Coimbra: Almedina.
- GARCIA, A. T. (1995). OPA: Da oferta pública de aquisição e seu regime jurídico. Studia Juridica, n.º 11. Coimbra: Coimbra Editora.
- GARRIDO, P. V. (2015). El interés social como fin de la actividad gestora de los administradores de las sociedades en crisis: Acreedores frente a socios. Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades, n.º 44.
- GOMES, F. (2007). Reflexões em torno dos deveres fundamentais dos membros dos órgãos de gestão (e fiscalização) das sociedades comerciais à luz da nova redacção do artigo 64º do CSC. In Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, vol. II, pp. 551-569. Coimbra: Coimbra Editora.
- GONZÁLEZ, A. J. (2002). Las sociedades de capital cerradas – Un problema de relaciones entre los tipos SA y SRL. Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades, n.º 18.
- GONZALEZ, P. B. (2009). Deveres de comunicação de participações qualificadas. Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, n.º 34, pp. 88-109. Retirado de <https://www.cmvm.pt/pt/EstatisticasEstudosEPublicacoes/CadernosDoMercadoDeValoresMobiliarios/Pages/CadernoN34.aspx>.
- MACHADO, J. B. (2011). Introdução ao direito e ao discurso legitimador. Coimbra: Almedina.
- MAIA, P. (2002). Função e funcionamento do conselho de administração da sociedade anónima. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- MAIA, P. (2009). Voto e corporate governance: Um novo paradigma para a sociedade anónima. Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Empresariais, Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, Coimbra.
- OCDE. (2004). Os princípios da OCDE sobre o governo das sociedades. Retirado de OCDE: <http://www.oecd.org>.
- O’SULLIVAN, M. A. (2010). Contests for corporate control: Corporate governance and economic performance in the United States and Germany. Oxford: Oxford University Press.

RESENDE, J. M. (2010). A imputação de direitos de voto no mercado de capitais. Lisboa: Universidade Católica Editora.

RIBEIRO, M. D. (2007). Sociedades abertas, valores mobiliários e intermediação financeira. In AA.VV., Jornadas Sociedades Abertas, Valores Mobiliários e Intermediação Financeira, pp. 11-29. Coimbra: Edições Almedina.

RIBEIRO, M. D. (2009). A tutela dos credores da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”. Coimbra: Almedina.

RIBEIRO, M. D. (2013). Os modelos de remuneração dos membros dos órgãos de administração das sociedades comerciais e as comissões de remunerações. In J. C. Pinto, A emergência e o futuro do corporate governance em Portugal, volume comemorativo do X aniversário do Instituto Português de Corporate Governance, pp. 51-100. Coimbra: Almedina.

RIBEIRO, M. d. (2015). O papel do acionista empresário no governo societário. Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, II (n.º especial), pp. 499-534.

SANTOS, G. C. (2000). O voto por correspondência nas sociedades abertas. Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários, n.º 7, p. 157. Retirado de <https://www.cmvm.pt/pt/EstatisticasEstudosEPublicacoes/CadernosDoMercadoDeValoresMobiliarios/Pages/CadernoN7.aspx>

SCHWARK, E. & ZIMMER, L. (2010). Kapitalmarktrechts-Kommentar, 4.^a Edição. München: C. H. Beck.

SILVA, A. S., VITORINO, A., ALVES, C. F., CUNHA, J. A., & MONTEIRO, M. A. (2006). Livro branco sobre corporate governance em Portugal. Lisboa: IPCG.

SILVA, P. C. (2004). Domínio da sociedade aberta e respectivos efeitos. In AA.VV., Direito dos valores mobiliários, vol. V, pp. 325-342. Coimbra: Coimbra Editora.

SILVA, P. C. (2005). Direito dos valores mobiliários – Relatório. Lisboa: Coimbra Editora.

SILVA, P. C. (2007). A imputação de direitos de voto na oferta pública de aquisição. In AA.VV., Jornadas Sociedades Abertas, Valores Mobiliários e Intermediação Financeira, pp. 243-282. Coimbra: Edições Almedina.

SILVA, P. C. (2008). Sociedade aberta, domínio e influência dominante. In AA.VV., Direito dos valores mobiliários, vol. VIII, pp. 541-571. Coimbra: Coimbra Editora.

TRIUNFANTE, A. M. (2004). A tutela das minorias nas sociedades anónimas – Direitos individuais. Coimbra: Coimbra Editora.

VAZ, J. C. (2013). A OPA e o controlo societário: A regra de não frustração. Edições Almedina: Coimbra.

Pornografia de Menores

**Breve análise substantiva da pedopornografia e da
pseudopedopornografia**

Francisco Reis da Costa

Sob a orientação da Professora Doutora Maria Elisabete Ferreira

Ao meu Pai.

*“Children do not constitute anyone’s property: they are neither the property of their
parents nor even of society.”*

Mikhail Bakunin

Agradecimentos

A realização desta dissertação de mestrado contou com importantes apoios, sem os quais não se teria tornado uma realidade e aos quais estarei eternamente grato.

À Professora Doutora Elisabete Ferreira, pela sua orientação, apoio, disponibilidade e pelo saber que me transmitiu, não só na elaboração deste trabalho, mas durante todo o meu percurso académico.

À Universidade Católica Portuguesa, escola que me formou e me permitiu a elaboração deste projeto.

Ao Dr. Vieira Costa, meu patrono, pela partilha de saberes, pelo apoio e pela compreensão demonstrada ao longo do meu percurso no presente mestrado.

Aos meus amigos e amigas pela presença constante, por, mais perto ou mais longe, acompanharem cada passo meu e, em especial, à Filipa, pela amiga essencial que revelou ser, pelo companheirismo e por acreditar em mim quando nem eu próprio acredito.

Ao meu Pai, o meu porto seguro, por ser um modelo de coragem, pelos sacrifícios, pela confiança que deposita em mim, pelo seu apoio incondicional, carinho e paciência demonstrados. Esta dissertação é tão tua quanto minha.

Obrigado.

Resumo

Constitui-se objeto de estudo da presente dissertação a análise de um tema atual e polémico no âmbito do Direito Penal, a pornografia de menores. O presente estudo tem por objeto a criminalização deste fenómeno e as suas limitações. Far-se-á uma análise substantiva da pedopornografia e da pseudopedopornografia, a partir da sua evolução histórico-legislativa, do seu bem jurídico e das suas modalidades, analisando-se a doutrina e a jurisprudência relativas a determinadas vertentes problemáticas.

Far-se-á também uma breve exposição acerca do conflito que a incriminação da pornografia com representação realista de menor poderá ter com outros direitos, nomeadamente a liberdade de expressão.

Deste modo, pretende-se contribuir para um melhor enquadramento destas questões.

Palavras-chave: pornografia de menores, pedopornografia, pseudopedopornografia, bem jurídico, representação realista de menor.

Abstract

The following thesis addresses child pornography, a current and controversial theme in the scope of Criminal Law. The object of this study is the criminalization of this phenomenon and its limitations. We will perform a substantive analysis of pedopornography and of the pseudopedopornography based on their historical-legislative evolution, juridical assets and modalities, addressing both doctrine and jurisprudence concerning some controversial features.

A brief exposition will follow respecting the possible conflict between the criminalization of pseudopedopornography and rights such as freedom of speech.

We intend to contribute hereby to a better understanding of these issues.

Keywords: child pornography, pedopornography, pseudopedopornography, juridical asset.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
Art.	Artigo
Cap.	Capítulo
CEDH	Carta Europeia dos Direitos do Homem
CDC	Convenção sobre os Direitos da Criança
Cfr.	Confrontar
CP	Código Penal
CPPA	<i>Child Pornography Prevention Act</i>
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
DQ	Decisão-Quadro
EM	Estados-Membros
ISP	<i>Internet Service Providers</i>
N.º/N.ºs	Número/Números
NTIC	Novas tecnologias de informação e comunicação
<i>Ob. cit.</i>	Obra citada
p./pp.	Página/Páginas
PE	Parlamento Europeu
Proc.	Processo
ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
UE	União Europeia
Vol./Vols.	Volume/Volumes

ÍNDICE

Introdução	8
1. Evolução histórico-legislativa	9
1.1. Direito penal sexual	9
1.2. Crime de pornografia de menores	13
2. Análise do crime de pedopornografia	16
2.1. Conceito de pornografia de menores	16
2.2. Bem jurídico	18
2.3. Elementos típicos	22
2.4. Utilização direta e indireta de menores	23
2.5. Modalidades de ação e formas de conduta	24
3. Análise da pseudopedopornografia	29
3.1. Origem	29
3.2. Vertentes	30
3.3. Bem jurídico	31
3.4. Conflitos com outros direitos	32
Conclusão	36
Bibliografia	38

Introdução

O catálogo de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual tem sido alvo de constantes alterações. Ora, a compreensão das razões desta evolução são muito diversificadas. O entendimento da sociedade e dos seus padrões sobre a sexualidade tem permanecido em mutação, o que tem estimulado a evolução do tratamento dogmático da criminalidade sexual no Direito Penal, que se tem despedido dos preconceitos e moralismos que maculavam o nosso Código.

Não obstante, não só avançaram as mentalidades, como também as novas tecnologias de informação e comunicação. Mas se é verdade que o desenvolvimento tecnológico estreitou distâncias e facilitou o acesso à informação, é igualmente verdade que facilitou a prática de certos crimes, criando inclusive novas incriminações. De entre as muitas atividades de natureza ilegal propiciadas por este desenvolvimento, é de destacar a pornografia de menores, tema da presente dissertação.

As repercussões da entrada na era digital foram elevadíssimas na pornografia de menores, que deixou de ser trocada de mão em mão para se tornar numa indústria multimilionária. Não só a proliferação na Internet tem vindo a aumentar de ano para ano, tornando esta prática num dos abusos mais comuns levados a cabo contra os menores de idade, como também a tornou numa das mais lesivas, na medida em que permite a durabilidade destes materiais. Infelizmente, nos dias que correm qualquer pessoa com um dispositivo dotado de uma câmara fotográfica ou de vídeo e uma conexão à Internet pode produzir ou divulgar este tipo de conteúdos.

Os agentes responsáveis pela produção e divulgação destes materiais sustentam uma indústria que vive da prática de crimes contra menores, pelo que mesmo não utilizando menores diretamente, estão a atentar contra a sua autodeterminação sexual, uma vez que incentivam a prática de crimes sexuais contra menores e perpetuam esta prática através do seu registo. Será que podemos dizer o mesmo sobre o mero consumidor? Será que deve igualmente ser punido aquele que trabalha no mercado editorial e desenha conteúdos de cariz pornográfico onde se encontrem representados menores de idade? A presente matéria revela alguma complexidade, motivo pelo qual se pretende contribuir para um melhor enquadramento jurídico-penal das questões relacionadas com este crime.

Analisada a legislação nacional, comunitária e internacional nesta matéria, bem como as posições da doutrina, esta foi sem dúvida uma tarefa desafiante de acolher, não obstante todos os problemas que a pornografia de menores e a sua incriminação levantam. Admitimos que a complexidade do tema nos obrigou a deixar de lado algumas questões, em prol de outras, nomeadamente a distinção entre pedófilo, abusador e traficante, que seria de relevo para traçar o perfil do sujeito ativo do crime em causa, bem

como o estudo dos efeitos da pedopornografia na prática de outros crimes sexuais e, ainda, a análise de alguns dados estatísticos, para vermos qual a representatividade do crime de pornografia de menores em Portugal, não obstante a dificuldade que tal análise acarretaria, não só devido a fatores como a falta de meios de deteção, por força da falta de formação e tecnicidade, e a falta de denúncia, mas também pelo facto de os dados da Direção-Geral da Política de Justiça juntarem os dados deste crime com os do lenocínio de menores.

A presente dissertação encontra-se dividida em três partes. De forma a contextualizarmos o tema a abordar, a primeira parte desta dissertação foi reservada para um breve enquadramento histórico-legislativo relativo ao chamado Direito Penal Sexual no nosso país, para seguidamente fazermos o mesmo quanto ao crime de pornografia de menores, permitindo uma melhor compreensão desta incriminação e da sua autonomização.

A abordagem substantiva do crime de pornografia de menores, também designado de crime de pedopornografia, é desenvolvida numa segunda parte, a qual versará sobre o conceito de pornografia de menores, sobre o bem jurídico tutelado, sobre os elementos típicos do crime, sobre a utilização direta e indireta de menores e sobre as suas modalidades de ação, bem como sobre as suas diferentes formas de conduta. Esta abordagem do crime será feita conforme este se encontra previsto na atual redação do art. 176º do Código Penal, sem desconsiderar redações anteriores.

Finalmente, dadas as especificidades do n.º 4, do art. 176º do CP, optámos por, na terceira parte desta dissertação, terminar com um breve estudo relativo a este preceito, que criminaliza a chamada pseudopedopornografia, isto é, as condutas relacionadas com os materiais pornográficos com representação realista de menor. Procurámos, nesta última parte, analisar os argumentos que justificam tal criminalização.

Assim, pretendemos com esta dissertação não só contribuir para um melhor enquadramento jurídico-penal das questões relacionadas com o crime de pornografia de menores, como também levar a comunidade jurídica a repensar alguns dos limites desta incriminação.

1. Evolução histórico-legislativa

1.1. Direito penal sexual

Para analisar o crime de pornografia de menores, devemos primeiramente observar a evolução do chamado direito penal sexual no nosso país. Ainda que a ordenação normativa da sexualidade seja “uma antiquíssima preocupação dos nossos

sistemas normativos tradicionais”¹, a verdade é que apenas nas últimas décadas é que esta conheceu um grande progresso, sendo por isso a evolução do direito penal sexual apontada como exemplo paradigmático da asserção de que violações morais não configuram uma genuína lesão de um bem jurídico². Nos ordenamentos jurídico-penais europeus, a tutela penal da liberdade e autodeterminação sexual, como bem jurídico munido de autonomia, é relativamente recente e, em Portugal, apenas com a aprovação do Código Penal de 1995³ é que este bem jurídico se tornou a referência para o enquadramento jurídico-penal da exploração sexual de menores, um universo com uma dimensão ampla que hoje inclui crimes como a prostituição de menores e o objeto do nosso estudo, a pornografia de menores.

Em obediência a opções de política criminal, a Reforma de 1995 estabeleceu os chamados crimes sexuais como verdadeiros crimes contra as pessoas⁴. Neste sentido, os crimes sexuais, ao invés de serem considerados crimes atentatórios dos “fundamentos ético-sociais da vida social” e iluminados por “sentimentos gerais de moralidade sexual”, converteram-se em crimes contra as pessoas e contra um valor estritamente individual, o da liberdade e autodeterminação sexual.

Deste modo, tornou-se notória a falta de legitimidade do Direito Penal para a tutela da moral sexual, sublinhando-se que este apenas intervém como *ultima ratio*, ou seja, quando a lesão de bens jurídicos atinge uma gravidade que justifique a sua intervenção, à luz do art. 18º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa. Daqui resultou então o Capítulo V – *Dos crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual* –, do Título I – *Dos crimes contra as pessoas* –, da Parte Especial do CP⁵. Não obstante a conceção unitária dos crimes em apreço, o Cap. V encontrava-se dividido em três secções: uma para os crimes contra a liberdade sexual, outra para os crimes contra autodeterminação sexual e outra, ainda, para as disposições comuns a ambas as secções.

A separação entre as duas primeiras secções é fundamental no âmbito da criminalidade sexual, motivo pelo qual não poderíamos deixar de nos pronunciar sobre esta. Rapidamente se compreende o motivo pelo qual as duas Secções fazem parte do mesmo Capítulo, dado que em ambas está em causa um bem jurídico primariamente

¹ Beleza, 1995, pp. 169-174.

² Dias, 2007.

³ Aprovado pelo DL n.º 48/95, de 15 de março.

⁴ Cfr. “Exposição de motivos” do DL n.º 48/95, de 15 de março, ponto 7.

⁵ Substituindo a sistematização do CP de 1982 (Secção II – *Dos crimes sexuais* –, do Cap. I – *Dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social* –, do Título III – *Dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade* –, da Parte Especial do CP) e abandonando a visão dos crimes sexuais como crimes contra bens jurídicos supra-individuais, numa aproximação às normas morais que valiam neste âmbito, evidente nas expressões empregues em vários artigos, nomeadamente “capacidade para avaliar o sentido moral da cópula (art. 204º). Não obstante a mudança de denominação para “crimes sexuais” operada pelo CP de 1982, a verdade é que a mudança de nomenclatura pouca evolução trouxe, dado que o diploma continuava a abraçar ideologias morais nesta matéria. Deste modo, o direito penal sexual apenas deixou de ser um direito protetor dos “bons costumes” para passar a tutelar um bem jurídico eminentemente pessoal, o da liberdade e autodeterminação da pessoa na esfera sexual, com a Reforma de 1995.

relacionado com a esfera sexual das pessoas, a liberdade sexual. A liberdade sexual é um bem jurídico complexo, que compreende duas vertentes: a vertente negativa, que se expressa no direito de cada indivíduo de não tolerar de terceiros qualquer intrusão na sua sexualidade, e a vertente positiva, instituída pela premissa de cada um poder, livremente, dispor da sua sexualidade⁶.

Por outro lado, e tal como afirma Figueiredo dias, seria “apressado – em definitivo equívoco – que se pensasse, seguindo literalmente as expressões utilizadas pela lei, que na primeira secção o bem jurídico é a *liberdade sexual*, no segundo a *autodeterminação sexual*, e se procurasse, muito provavelmente, sem êxito, traçar a linha de fronteira por sobre a via que hipoteticamente separaria a liberdade da autodeterminação.”⁷

A *ratio* de tal divisão reside na idade da vítima, uma vez que a Secção II alarga, justificadamente, a proteção da Secção I “a casos que ou não seriam crimes se praticados entre adultos, ou o seriam dentro de limites menos amplos, ou assumiriam em todo o caso uma menor gravidade”⁸, ou seja, pretende tutelar os menores de idade e a sua falta de capacidade para formar, livre e conscientemente, a sua vontade no domínio da sexualidade⁹. Pode assim afirmar-se que a lei presume que a prática de condutas de natureza sexual que envolvam menores irá prejudicar o desenvolvimento global da sua personalidade.

Portanto, na Secção II é realizada uma aceção de idade, constituindo a menoridade da vítima um elemento típico do crime¹⁰. Dada a situação de vulnerabilidade dos menores e o seu influenciável processo de desenvolvimento, o legislador decidiu acautelar este processo, que deve ser concretizado em liberdade e sem interferências nocivas.

De todo o modo, todo o Cap. V “é dominado pela proposição político-criminal segundo a qual em caso algum constitui crime a atividade sexual levada a cabo em privado por adultos que nela consentem”¹¹, proposição esta que é o produto de uma complexa evolução cultural, moral e social. Nos nossos dias, em países de cultura democrática prevalece o paradigma de que, no âmbito da sexualidade, o Direito Penal não deve ditar um padrão inflexível de comportamento, mas sim tutelar a liberdade e autodeterminação sexual das pessoas.

⁶ Alfaiate, 2009.

⁷ Dias, 1999, p. 442.

⁸ Dias, 1999, p. 442.

⁹ Não queremos com isto dizer que a Secção II não tutela a liberdade sexual; aqui, o bem jurídico protegido é também a liberdade, mas ligada a um outro bem, nomeadamente o livre desenvolvimento da personalidade do menor. Neste sentido, cfr. Dias, 1999, p. 442 e Antunes, 2005, pp. 57-71.

¹⁰ Nos crimes contra a liberdade sexual, ainda que a menoridade da vítima não seja um elemento típico do crime, esta consubstancia uma agravante.

¹¹ Dias, 1999, p. 442.

Assim, a nosso ver, o Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, representa o momento mais significativo na evolução da matéria dos crimes sexuais contra menores, seguindo uma linha de pensamento mais liberal, uma vez que implicou o abandono de uma visão que não individualizava como bem jurídico o livre desenvolvimento sexual do menor.

Contudo, tal evolução não parou, bem pelo contrário, a dimensão da criminalidade sexual tem estado em constante mudança, sendo prova disso o facto de a edificação normativa dos crimes sexuais já ter sofrido, desde 1995, várias alterações, algumas delas decisivas, nomeadamente a levada a cabo pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, responsável pela inclusão de consideráveis modificações em quase todos os crimes sexuais presentes no CP.

No âmbito da exploração sexual e do seu combate, não podemos deixar de reconhecer o papel preponderante que os instrumentos jurídicos internacionais tiveram, designadamente a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de novembro do ano seguinte, que estabeleceu que “o Estado deve proteger a criança contra a violência e a exploração sexual, nomeadamente contra a prostituição e a participação em qualquer produção de carácter pornográfico”.¹²

A aspiração internacional de garantir a proteção da menoridade é antiga, e cada vez mais tem unido várias nações. Como iremos adiante constatar, desta união, da complexidade deste tipo de crimes e da crescente urgência em combater o fenómeno epidémico da criminalidade sexual contra menores resultou a adoção de uma série de instrumentos que muito influenciaram a nossa ordem jurídica.

Posto isto, não podemos deixar de concordar com Maria João Antunes. De facto, “se olharmos para o passado, a conclusão só pode ser a de que foram dados passos de gigante invocando a proteção penal da liberdade e da autodeterminação sexual dos menores”.¹³ Infelizmente, a descoberta do vasto submundo que é a pornografia de menores foi um dos motivos para serem dados alguns destes passos.

De todo o modo, é de recordar que o Direito Penal não pode ser a resposta para tudo e que, no âmbito da exploração sexual de menores, que pode ser propiciada por vários fatores, é preponderante o papel das políticas de prevenção e combate¹⁴ em áreas como a da educação.

¹² Cfr. arts. 34º e 35º da CDC.

¹³ Antunes, 2010, pp. 153-161.

¹⁴ Sobre o conteúdo das políticas de prevenção e combate ao abuso e exploração sexual de menores, cfr. Dias, 2011, pp. 209-260.

1.2. Crime de pornografia de menores

Finalizada a nossa breve resenha histórica relativa à evolução legislativa da criminalidade sexual contra menores em Portugal, cumpre agora fazer o mesmo quanto à norma objeto deste nosso estudo, analisando a legislação de ontem e de hoje de forma a melhor compreendermos este tipo legal e a sua razão de ser.

Não obstante o crime de pornografia de menores, previsto e punido pelo art. 176º do CP, apenas ter sido introduzido no Código pela Reforma de 2007¹⁵, não se trata aqui, propriamente, de uma nova incriminação, mas antes de uma autonomização deste tipo legal, que incorpora condutas já anteriormente tipificadas nos antigos arts. 172º (abuso sexual de crianças) e 173º (abuso sexual de menores dependentes), bem como de um considerável alargamento do seu âmbito de incidência. O DL n.º 48/95, no seu art. 172º, n.º 3, b), punia com pena de prisão até três anos quem atuasse sobre menor de 14 anos, por meio de espetáculo ou objeto pornográfico, ou o utilizasse em fotografia, filme ou gravação pornográficos, enquanto que o art. 173º, n.º 2 remetia para este.

Ora, tal criminalização baseia-se no princípio de que a autodeterminação sexual dos menores é colocada em risco com a sua utilização em material pornográfico. Contudo, para alguns autores, como Maria João Antunes¹⁶, estamos perante uma consequência de políticas de neocriminalização no contexto dos crimes sexuais, dado que esta tem na sua génese a finalidade de desmotivar os consumidores de pornografia de menores e, consequentemente, acabar com a difusão deste material num circuito pedófilo.

Entretanto, em 1998, ocorre uma nova Reforma com a Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, que introduz alterações no suprarreferido art. 172º, acrescentando as alíneas c) e d) ao tipo legal, sendo de relevo a alínea d), uma vez que veio introduzir uma nova conduta, a exibição ou cedência dos materiais pornográficos. Para estas alterações, bem como para as subsequentes, contribuíram os vários compromissos assumidos a nível europeu e a nível internacional.

Foi então em 2007, com a Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, que nasceu o crime de pornografia de menores, no art. 176º do CP. A autonomização deste crime trouxe também várias alterações, designadamente o facto de este ter sido ampliado, passando a dizer respeito a todos os menores, ao invés de se reportar apenas aos menores até aos 14 anos, e das penas terem sido notavelmente agravadas. A aludida Reforma pretendeu então promover uma proteção mais forte de todos os menores.¹⁷

¹⁵ Efetuada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, que operou a vigésima terceira alteração ao CP.

¹⁶ Antunes, 2010, pp. 153-161.

¹⁷ Deste modo, não só a proteção conferida por esta incriminação é mais intensa como também se encontra em harmonia com a CDC, cujo art. 1º estabelece que “criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo” e com a DQ n.º 2004/68/JAI do Conselho, de 22 de dezembro de 2003.

Para que seja possível analisar a pedopornografia em Portugal, é crucial ver a nossa posição nos contextos europeu e internacional. Ora, esta tipificação decorreu, à luz do art. 8º da Constituição da República Portuguesa, da transposição e ratificação de vários instrumentos de direito comunitário e internacional para a nossa ordem jurídica, nomeadamente do Protocolo Facultativo à CDC, relativo à venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil, adotado em Nova Iorque, em 25 de maio de 2000, e ratificado a 5 de março¹⁸.

Portanto, o crime de pornografia de menores, nesta sua nova veste autónoma, passou a punir não só aqueles que utilizam menores em espetáculo pornográfico e exibem ou cedem esses materiais, como também aqueles que distribuam, importem, exportem, divulguem, adquiram ou detenham os materiais pornográficos, cumprindo assim uma das exigências da Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho, de 22 de dezembro de 2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, fonte da Reforma de 2007, que veio estabelecer exigências mínimas para os Estados-Membros no que diz respeito à pornografia de menores.

De acordo com Sandra Inês Feitor, “este foi o modelo adotado pelo legislador português de modo a alargar o espectro deste tipo de crime, permitindo alargar as possibilidades de investigação criminal e perseguição dos seus agentes, tendo em conta que se trata de um crime intimamente ligado ao tráfico de crianças para fins de exploração sexual”.¹⁹

Ora, outra não poderia ter sido a opção do legislador perante os considerandos da mencionada DQ, instrumento preponderante no combate à pornografia de menores no espaço europeu. No âmbito dos crimes sexuais contra menores, é notória a influência dos compromissos assumidos por Portugal nas suas opções político-criminais, designadamente junto da União Europeia, que passou a intervir na área penal com as decisões-quadro do Conselho²⁰.

Como referem José Lopes e Tiago Milheiro, a tipificação da pornografia de menores, “tendo na sua génese ainda a proteção dos menores que aí são utilizados, vai, no entanto, mais longe, no sentido de pretender desmotivar os próprios consumidores de pornografia de índole pedófila”²¹, o que não pode ser dissociado destas influências externas.

¹⁸ O referido Protocolo é revelador da crescente preocupação da comunidade internacional no que ao turismo sexual diz respeito, uma vez que os menores são especialmente vulneráveis a esta prática. Na “Exposição de motivos”, os Estados Partes demonstram a sua inquietação “com a crescente disponibilização de pornografia infantil na Internet e outros novos suportes tecnológicos (...), acreditando que a eliminação da venda de crianças, prostituição e pornografia infantis será facilitada pela adoção de uma abordagem global que tenha em conta os fatores que contribuem para a existência de tais fenómenos”.

¹⁹ Feito, 2013, p. 2.

²⁰ Não obstante, há quem considere que também se verificou aqui um “aproveitamento político” destes instrumentos, indiferente a opções político-criminais. Neste sentido, cfr. Antunes, 2010, pp. 153-161.

²¹ Lopes & Milheiro, 2015, p. 191.

Para terminar, são igualmente de salientar as alterações operadas com a Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto, através da qual foi ampliado o âmbito incriminatório do tipo legal e agravadas algumas das punições, excluindo-se também a possibilidade de aplicação de pena de multa. As referidas alterações tinham o desígnio de transpor a Diretiva n.º 2011/92/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 infantil²², para o direito interno, bem como dar cumprimento às obrigações presentes na Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais²³, assinada em Lanzarote, em 25 de outubro de 2007, assumidas por Portugal com a sua ratificação²⁴.

Neste contexto, foi inserida a circunstância agravante presente no n.º 3, o recurso a violência ou ameaça grave para a prática dos atos descritos nas alíneas a) e b).

Por sua vez, o n.º 5, que substituiu o antigo n.º 4, passou a abranger mais condutas e esclareceu que estas podem ser praticadas através de sistemas informáticos ou qualquer outro meio²⁵.

Já no n.º 6 foi autonomizado um tipo legal, através do qual o maior de idade que, servindo-se de sistema informático ou qualquer outro meio, presencialmente assistir ou facilitar o acesso a espetáculo pornográfico que envolver a participação de menores de 16 anos de idade é punido com pena de prisão.

No n.º 7 foi consolidada uma nova circunstância qualificativa a quem praticar os atos descritos nos n.ºs 5 e 6 com intenção lucrativa, que passa a ser punido com pena de prisão até 5 anos.

Por último, é ainda de assinalar o aditamento do art. 176.º-A ao Código Penal, cujo n.º 1 prevê que “quem, sendo maior, por meio de tecnologias de informação e de comunicação, aliciar menor, para encontro visando a prática de quaisquer dos atos

²² Diretiva que veio substituir a DQ n.º 2004/68/JAI do Conselho, de 22 de dezembro de 2003, tendo como objetivo a harmonização, na UE, da criminalização do abuso sexual e da exploração sexual de crianças e da pornografia infantil, estabelecendo novas regras tendo em vista o combate à pornografia de menores por via eletrónica. Este diploma veio colmatar as falhas da DQ, que se mostrou insuficiente para uniformizar as legislações europeias. Esta Diretiva é mais abrangente, não só porque alargou o leque das ações através das quais o crime em causa pode ser praticado, mas também pela sua perceção de que a Internet é, neste momento, o maior meio de difusão de material pornográfico, estabelecendo que “os Estados-Membros devem assegurar que os sítios da Internet que se dedicam à pornografia infantil alojados no seu território sejam rapidamente eliminados e esforçar-se por eliminar os que ainda estão alojados no estrangeiro.”

²³ A Convenção de Lanzarote identifica a pornografia de menores como uma das formas de violência sexual contra crianças, tendo adotado uma série de medidas de prevenção, de proteção e de assistência às vítimas, bem como medidas de direito penal material, tendo sempre em vista o superior interesse da criança e o respeito pelos seus direitos.

²⁴ Cfr. “Exposição de motivos” da Proposta de Lei n.º 305/XII, ponto 1.

²⁵ Era necessário fazer este esclarecimento, dado que a utilização de novas tecnologias favoreceu a prática de crimes sexuais, transformando muitos consumidores em produtores. Relativamente à pornografia de menores, é de notar que, até à década de 80, a troca deste tipo de material era efetuada de mão em mão ou via postal, mas com o nascimento e a proliferação das NTIC a prática deste tipo de crime foi facilitada e, em contrapartida, a sua investigação dificultada, uma vez que o sujeito ativo passou a poder, a portas fechadas e através do anonimato, ter acesso a sítios que disponibilizam milhares e milhares de ficheiros de pornografia de menores.

compreendidos nos n.os 1 e 2 do art. 171.º e nas alíneas a), b) e c) do n.º 1 do artigo anterior, é punido com a pena de prisão até 1 ano”. Aditado pela Lei n.º 103/2015, este artigo veio criminalizar a prática do *grooming*, que consiste no aliciamento de menores para a prática de crimes sexuais, sendo de relevo no âmbito do combate à pornografia de menores.

2. Análise do crime de pedopornografia

2.1. Conceito de pornografia de menores

É importante definir o que se entende por pornográfico, de modo a podermos definir aquilo que se designa como pornografia de menores ou pedopornografia e não correremos o risco de confundirmos este crime com o abuso sexual de menores. O CP português não esclarece o que considera como pornografia de menores, ainda que no Projeto de Lei n.º 772/XII/4a tenha sido proposta uma noção²⁶ que não foi adotada pela lei, razão pela qual se impõe começarmos a nossa análise deste crime por este conceito.

A ausência deste conceito na nossa lei não é ignorada nem pela doutrina, nem pela jurisprudência, que têm vindo a pronunciar-se sobre o que se deve considerar como pornográfico. No âmbito de um caso de abuso sexual de menores, o STJ afirmou que “a pornografia, em sentido clássico, tem o significado de ato sexual chocante, aberrante, praticado em condições profundamente dissociadas do que é usual e conhecido, sem que se confunda com o mero erotismo”²⁷.

Não obstante, o sexo é hoje tratado sem tabus, mas não deve perder-se de vista a importância de se estabelecer rigorosamente o conceito de pornografia de menores²⁸, dado o perigo que representa para a autodeterminação sexual de todos os menores, uma

²⁶ O referido projeto, servindo-se da noção prevista na Convenção de Lanzarote, definia pornografia de menores como “todo o material que represente visualmente menor envolvido em comportamentos sexualmente explícitos, reais ou simulados, ou qualquer representação dos órgãos sexuais de menor, com fins sexuais”.

²⁷ Ac. do STJ, de 12-10-2011 (Relator: Armindo Monteiro), Proc. n.º 4/10.5GBFAR.E1.S1. Retirado de: www.dgsi.pt.

²⁸ Relativamente à utilização do termo “pornografia”, Manuel Magriço considera que este “é geralmente entendido como estando associado a descrições de atividade sexual entre indivíduos maiores e conscientes. Por esta razão, entende-se que o uso do termo ‘pornografia infantil’ descarateriza a gravidade das representações sexuais, onde as crianças estão envolvidas e o uso contínuo deste termo é suscetível de gerar confusão de conceitos, impedindo que se perceção o dano real que é vivido por jovens vítimas e a gravidade das atividades dos indivíduos que exploram sexualmente crianças dessa forma (...), pelo que quando utilizamos o termo ‘pornografia infantil’ deverá ter-se sempre presente que se trata de ‘material de abuso sexual de menores’” (Magriço, 2013, p. 43). Por outro lado, há quem afirme que não efetuar uma distinção entre estes dois crimes é ainda mais perigoso, com consequências nefastas, designadamente a perceção contínua de que o abuso sexual de menores é um crime praticado por estranhos, quando estudos têm exposto que muitos abusos ocorrem num contexto familiar, sendo os danos mais avassaladores, nomeadamente o dano específico da confiança. Para um maior aprofundamento sobre as consequências de equiparar a posse de pornografia de menores com o abuso sexual de menores, cfr. Hessick, 2011.

vez que esta prática tem como consequência o abuso sexual dos menores utilizados e a convivência dos consumidores do material pornográfico com este abuso²⁹.

Inês Ferreira Leite alerta para o facto de que “será desejável o recurso a critérios objetivos, conseguindo-se uma definição desprovida de concepções morais ou moralizantes. Até porque assim se evita a discrepância, na identificação de material pornográfico, resultante da mediação de diferentes julgadores, eliminando-se um fator de insegurança jurídica”.³⁰ Ainda que não exista uma noção normativizada de pornografia na nossa lei penal, diversos têm sido os conceitos trazidos para explicar o que é a pornografia infantil, nomeadamente pelos vários diplomas que fomos elencando anteriormente, que têm contribuído para o desenvolvimento deste conceito.

Começando pelo Protocolo Facultativo à CDC, relativo à venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil, este veio definir pornografia infantil no seu art. 2º, c), 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”.

Por sua vez, a DQ 2004/68/JAI do Conselho veio definir o conceito em causa no seu art. 1º, b), distinguindo os seus vários tipos, entendendo por pornografia infantil “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 públicas; ii) pessoas reais com aspeto de crianças, envolvidas em comportamentos referidos na subalínea i) ou entregando-se aos mesmos; iii) imagens realistas de crianças não existentes envolvidas nos comportamentos referidos na subalínea i) ou entregando-se aos mesmos”.³¹ Foi precisamente a definição deste diploma que o nosso CP, aquando da Reforma de 2007, acolheu.

Contudo, devemos ter em consideração que esta DQ foi substituída pela Diretiva n.º 2011/92/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, um diploma cuja definição de pornografia infantil é mais ampla e esclarecedora, incluindo os materiais que representem visualmente crianças envolvidas em comportamentos sexualmente explícitos, ainda que simulados, bem como as representações realistas dos órgãos sexuais de crianças.

²⁹ Estudos norte-americanos têm revelado que há efetivamente uma ligação entre o consumo de pornografia e a criminalidade sexual contra menores, o que é de relevo neste âmbito. Para um conhecimento mais detalhado sobre estes estudos, cfr. Russel & Purcell, 2006, pp. 59-84.

³⁰ Leite, 2004, p. 54.

³¹ Esta definição vai no mesmo sentido que a apresentada pelo Child Pornography Prevention Act, diploma norte-americano adotado em 1996 e revogado em 2002, sendo semelhante à dada pelo art. 9º, n.º 2 da Convenção sobre o Cibercrime, de 23 de novembro de 2001.

Fora do catálogo dos instrumentos comunitários e internacionais, para a construção deste conceito contribuem ainda as definições fornecidas por várias organizações intergovernamentais, nomeadamente a da Interpol, segundo a qual a pornografia de menores consiste “nas consequências do abuso ou exploração sexual de crianças. Pode ser definida como qualquer meio de representar ou promover o abuso sexual de uma criança, incluindo publicações ou áudio, centrado em atos sexuais ou órgãos genitais de crianças”.³²

De um modo geral, podemos afirmar que a pornografia de menores, numa perspetiva legal, consiste no material que, independentemente do seu suporte, representa menores, sejam estes reais, aparentes ou até virtualmente criados, em comportamentos sexualmente explícitos³³, sendo um conceito facilmente mutável, facto ao qual a lei não se pode alhear. Nesta interpretação do conceito, o contexto em que os referidos comportamentos são praticados deve ser tido em consideração, de modo a não incitarmos a perseguição de pais que, por exemplo, tiram fotografias dos primeiros banhos dos seus filhos e as colocam nas redes sociais, ainda que casos como este tenham de ser vistos à luz de outros direitos, nomeadamente o direito à imagem.

De notar que o art. 176º, n.º 1, a), do CP pune a utilização de menor em espetáculo pornográfico, que, segundo Figueiredo Dias, é constituído pela “representação por qualquer meio de um ato, seja levado a cabo por várias pessoas (orgia...) ou só *pelo agente*, tenha ou não lugar a *encenação* que acompanha normalmente o espetáculo; seja ele *público* ou ocorra em privado, num círculo estrito ou inclusivamente familiar”.³⁴

2.2. Bem jurídico

O conceito de bem jurídico e a sua função delimitadora do conceito material de crime desempenham um papel fundamental, uma vez que só há crime quando são afetados ou possam ser afetados bens jurídicos. O crime de pornografia de menores, previsto e punido pelo art. 176º do CP, encontra-se inserido na Secção II, do Cap. V, reservada para os crimes contra a autodeterminação sexual, que é precisamente o bem jurídico tutelado pelas incriminações desta Secção, na qual o menor se tornou o titular dos interesses que o legislador quis proteger no referido capítulo.

De acordo com Taipa de Carvalho, “só deverão ser assumidos e qualificados como bens jurídico-penais os valores considerados, pelo *ethos* comunitário, como essenciais

³² Cit. por Taylor, Quayle & Holland, s.d., pp. 94-100.

³³ Incluímos aqui menores em atividades sexuais, em exibição lasciva dos seus órgãos genitais ou das partes púbicas ou em qualquer outro comportamento suscetível de causar estímulo sexual.

³⁴ Dias, 2012, p. 837.

ou indispensáveis para a realização pessoal de cada um dos membros da sociedade.”³⁵ ³⁶ A noção de bem jurídico é uma noção ampla, pelo que é indispensável a sua delimitação para evitar a discricionariedade na elaboração da lei formal. Ora, escusado será dizer que tal delimitação é efetuada através da Constituição, em sentido material³⁷, da qual, enquanto Lei Fundamental de um Estado, resulta o princípio da dignidade da pessoa humana, presente seu art. 1º.

Deste modo, a CRP, na realização de bens que se revistam de dignidade penal, permite a intervenção do legislador penal. Todavia, temos também de olhar para o art. 18º, n.º 2, da CRP, que ao consagrar a mínima intervenção da lei, apenas legitima a restrição dos direitos, liberdades e garantias quando em conflito com outros interesses, constitucionalmente protegidos, que se encontrem em perigo de serem violados, ou seja, temos aqui o critério da dignidade e da necessidade penal. Daqui podemos retirar um conceito de bem jurídico, definição que tem como função principal a fundamentação do conceito material de crime.

Tal como referimos anteriormente, o bem jurídico tutelado pelo art. 176º é a autodeterminação sexual dos menores de 18 anos, que para E. Orts Berenguer consiste no “desenvolvimento gradual e na descoberta espontânea da sexualidade, sem experiências traumáticas ou intromissões de adultos numa esfera tão íntima”.³⁸ A nosso ver, ao prejudicar este desenvolvimento, a pornografia de menores viola valores constitucionais, nomeadamente os direitos à integridade pessoal (art. 25º da CRP) e ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 26º da CRP), ferindo, por sua vez, a dignidade da pessoa humana.

Será que todas as condutas incriminadas pelo art. 176º respeitam o critério da dignidade e da necessidade penal? Como já mencionámos, a legitimidade da intervenção do Direito Penal não se pode cimentar apenas na tutela da dignidade da pessoa humana, nem tão-pouco na da moral ou dos bons-costumes.

Ainda que seja de louvar a preocupação do legislador em proteger os menores de condutas suscetíveis de lesar gravemente o seu desenvolvimento global³⁹, somos da opinião de que nem todas as modalidades de ação deste crime têm a autodeterminação sexual dos menores como referência. Ora, em certas modalidades de ação, parece-nos

³⁵ Carvalho, 2011, p. 48.

³⁶ No mesmo sentido, Figueiredo Dias possui uma visão funcional do bem jurídico, vendo-o “como unidade de aspetos ônticos e axiológicos através da qual se exprime o 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 valioso” (Dias, 1983, pp. 5-40).

³⁷ Segundo Conceição Cunha, a Constituição, em sentido material, consiste no “conjunto de princípios, direitos e valores fundamentais de uma ordem jurídica, atendendo ainda à própria realidade constitucional, mesmo que não estejam expressamente positivadas no texto Constitucional” (Cunha, 1995, p. 116).

³⁸ Cit. por Leite, 2011, pp. 29 a 94.

³⁹ Segundo estudos da Psicologia, “o desenvolvimento sexual da criança pode ser mais duramente prejudicado por conversas obscenas ou (sobretudo) por participação em manifestações pornográficas do que pelo toque sexual do seu corpo” (Hannack, 1968, pp. 131 e ss., cit. por Dias, 1999, p. 544).

que a referência é um bem jurídico supra-individual, o que tem vindo a ser apontado por vários autores, como Paulo Pinto de Albuquerque, que qualifica aqui a proteção da autodeterminação sexual do menor de 18 anos como uma proteção remota⁴⁰, ou Figueiredo Dias que, relativamente à alínea d) do n.º 3 do antigo art. 172º, afirmava que se visava “a punição autónoma do tráfico ou exploração de suportes pornográficos com menores de 14 anos”, o que “não pode deixar de ser iluminado por um bem jurídico (supra-individual) diverso do da liberdade e autodeterminação sexual *de uma pessoa (de uma criança)*”.⁴¹

Por sua vez, Maria João Antunes vai mais longe, afirmando que a pornografia de menores é uma das incriminações em que se “perde a referência ao bem jurídico individual da liberdade e da autodeterminação sexual dos menores”⁴², o que de facto pode ser afirmado perante certas condutas elencadas no art. 176º, como a de mera detenção de materiais pornográficos ou a de produção destes materiais com representação realista de menor, que iremos tratar mais adiante. Ainda que estas condutas possam ferir o menor que está a ser visualizado e possam incrementar o perigo da prática de outros crimes, o bem jurídico é alargado.

Relativamente aos comportamentos de distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder os materiais pornográficos, bem como ao de deter estes materiais para os distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder, está em causa a necessidade de criminalizar o tráfico de pornografia de menores, a referência não foi propriamente a autodeterminação sexual dos menores, estes só de forma mais longínqua logram proteger tal bem⁴³. Embora se trate de condutas suscetíveis de sancionamento criminal, não consubstanciam uma violação direta do bem jurídico protegido por este Cap. V⁴⁴, ainda que o coloquem em perigo e afetem o menor.

De facto, não podemos deixar de concordar com Maria João Antunes quando esta afirma que o crime de pornografia de menores, entre outros crimes desta Secção, é demonstrativo de uma “tendência atual de um direito penal do bem jurídico que é, afinal, permeável a criminalizações alheias ao critério da dignidade jurídico-penal e da carência

⁴⁰ Cfr. Albuquerque, 2015, p. 701.

⁴¹ Dias, 1999, p. 548.

⁴² Antunes, 2010, pp. 153-161.

⁴³ Relativamente ao antigo art. 172º, n.º 3, do CP (Abuso sexual de crianças), cuja alínea d) punia quem exhibisse ou cedesse a qualquer título ou por qualquer meio fotografia, filme ou gravação pornográficos de menor de 14 anos, Figueiredo Dias já afirmava que este tratava em primeira linha a “punibilidade do comércio (em sentido material) do material pornográfico; não imediatamente, mesmo que através da consideração de um perigo abstrato, da punibilidade de atuações *perante* ou *sobre* menores em nome do livre desenvolvimento da sua personalidade na esfera sexual. Ter-se-á porventura aqui um bom exemplo do que é a tutela de um interesse demasiado longínquo e indeterminado para que ele possa constituir verdadeiramente um *bem jurídico-penal*” (Dias, 1999, p. 542).

⁴⁴ Cfr. Rodrigues, 2011, pp. 261-291.

(necessidade) de tutela do bem jurídico, servindo mesmo opções não propriamente político-criminais, mas antes apenas “político-criminalmente corretas”⁴⁵.

Não obstante a nossa dificuldade em entender o afastamento de princípios jurídico-penais, compreendemos que o reforço da proteção dos menores, sujeitos especialmente vulneráveis, tenha de passar por uma opção neocriminalizadora que se afaste de um bem jurídico individual e se aproxime de um supra-individual, uma vez que só assim se aceita que seja ultrapassada a autodeterminação sexual do menor, levando à incriminação de determinadas condutas. A título de exemplo, seria inconcebível fundamentar a criminalização da detenção de material de pornografia de menores invocando exclusivamente a autodeterminação sexual.

Neste sentido, Ana Rita Alfaiate defende que em crimes como a pornografia de menores “a discussão não pode circunscrever-se à aceitação de que o livre desenvolvimento do menor na esfera sexual precisa de ser protegido até aos dezoito anos, justificando-se assim as incriminações”.⁴⁶ Na visão desta autora⁴⁷, crimes como o recurso à prostituição de menores (art. 174º do CP), o lenocínio de menores (art. 175º do CP) e a pornografia de menores tutelam a infância e a juventude⁴⁸, na qualidade de bem jurídico supra-individual, cuja proteção consubstancia um dever estadual⁴⁹.

Ora, a nosso ver, este bem jurídico resulta da aceção de bem como meio⁵⁰, não enquanto fim, porque apenas nesta aceção é que o bem jurídico protege interesses da comunidade, relegando os interesses pessoais para uma tutela instrumental. Apenas nesta visão é que se justifica a ultrapassagem da realização da vontade individual do menor, uma vez que alguns destes crimes foram criados desconsiderando os interesses dos menores ligados à vitimização secundária, como o direito à intimidade, a valorização que o menor possa fazer quanto a eles (obviamente que não estamos aqui a referirmo-nos aos menores de catorze anos) e ignorando o facto de que uma atividade sexual apenas pode ser estigmatizada como ilícito criminal quando não há consentimento para a sua prática, isto sem negligenciar a questão da idade.

De facto, “podemos afirmar que a proteção da infância e da juventude surge como meio através do qual é protegido o espaço de realização da proteção da liberdade sexual

⁴⁵ Antunes, 2010, p. 157.

⁴⁶ Alfaiate, 2009, p. 97.

⁴⁷ Alfaiate, 2009, p. 97.

⁴⁸ No mesmo sentido, cfr. Garcia & Castela, 2014, p. 731.

⁴⁹ Nos arts. 69º e 70º da CRP, o Estado português comprometeu-se a proteger a infância e a juventude. Dado que ambos os preceitos mencionados referem o direito ao desenvolvimento dos menores, poderíamos ser levados a crer que as incriminações referidas nasceram de uma extensão do círculo de proteção da liberdade sexual, mas isto não pode ser aceite, uma vez que o livre desenvolvimento do menor é uma outra faceta do bem jurídico liberdade sexual.

⁵⁰ Sobre o bem jurídico enquanto meio, cfr. Dias, 2007, pp. 143-144.

dos menores. Ou seja, a proteção da infância e da juventude não surge desgarrada dos menores em concreto, mas não está preordenada à proteção destes”.⁵¹

Assim, parece-nos, de facto, que só a aceitação da emergência deste bem jurídico, a proteção da infância, enquanto todos os infantes, e a proteção da juventude, enquanto todos os jovens, justifica a inserção de certas ações, como a detenção de material pedopornográfico, no art. 176º do CP português. A proteção do referido bem jurídico será um meio para, indiretamente, fazer cessar ou reduzir o mercado de pornografia de menores e, desse modo, diminuir os abusos sobre menores e a exploração sexual destes. Tal como afirmam Miguez Garcia e J.M. Castelo Rio, “a proteção só pode ser entendida em termos multifacetados, uma vez que o art. 176º não contém uma proibição uniforme da produção e da divulgação da pornografia”.⁵²

2.3. Elementos típicos

Avançando agora para os elementos típicos do crime, o agente pode ser qualquer pessoa, independentemente do seu género ou orientação sexual, desde que tenha 16 anos de idade ou mais (art. 19º do CP).

Por sua vez, a vítima do crime terá de ser menor de 18 anos⁵³, sendo irrelevante se esta já é sexualmente iniciada ou não. Igualmente irrelevante é a idade da vítima à data da consumação do crime, isto é, será irrelevante, por exemplo, a data em que o agente comercializa o filme, visto que o requisito da idade se reporta à idade da vítima no momento em que o filme é gravado.

Ora, a proteção estende-se até aos 18 anos de idade com base em normas internacionais e europeias, que consideram criança todo aquele que for menor de 18 anos, ainda que alguns diplomas, de que é exemplo a DQ n.º 2004/68/JAI do Conselho, aludem a uma ponderação de diferentes graus do desenvolvimento da personalidade do menor no domínio sexual. Não obstante, foi aqui admitido, em harmonia com outros tipos legais, um escalonamento etário, porque se a vítima for menor de 14 anos, a pena é agravada em metade nos seus limites máximo e mínimo, enquanto no intervalo entre os 14 e os 16 anos a agravação, segundo o art. 177º do CP, é de um terço.

No que ao consentimento diz respeito, e tendo em consideração o teor do art. 38.º do CP, se em causa estiverem menores de 14 anos este é irrelevante, mas em casos em que os menores são maiores de 14 anos, e sobretudo maiores de 16, sendo o sujeito ativo menor de 18 e ambos consentindo em fotografar ou filmar atos de natureza sexual, no

⁵¹ Alfaiate, 2009, p. 99.

⁵² Garcia & Castela, 2014, p. 731.

⁵³ Encontra-se a única exceção no art. 176º, n.º 6, no qual os menores envolvidos têm de ser menores de 16 anos.

pressuposto de que tais registos não serão divulgados, temos uma conduta⁵⁴ incluída no consentimento⁵⁵. Contudo, a conduta poderá implicar consequências criminais se houver quebra do referido pressuposto e as fotografias ou filmes sejam divulgados.

Relativamente ao tipo subjetivo, este crime exige que o agente tenha conhecimento de todos os seus elementos típicos e que tenha vontade de os praticar, ou seja, é um crime doloso, admitindo qualquer forma de dolo.

2.4. Utilização direta e indireta de menores

Antes de analisarmos as condutas que configuram a prática do crime de pornografia de menores, é de assinalar a distinção efetuada por José Mouraz Lopes e Tiago Caiado Milheiro entre utilização direta e utilização indireta de menores⁵⁶. A utilização direta de menores, ou o seu aliciamento, para espetáculo pornográfico, fotografia, filme ou gravações pornográficas é criminalizada nas alíneas a) e b) do n.º 1, do art. 176º do CP, enquanto a utilização indireta de menores é constituída pelas condutas das alíneas c) e d) do mesmo número.

De facto, esta é uma distinção de relevo, dado que através da atividade do agente, seja na intervenção direta nos factos seja no seu aliciamento, a liberdade e a autodeterminação sexual dos menores envolvidos são efetivamente colocadas em causa, uma vez que estas ações podem implicar a prática, pelo menor, de atos sexuais de relevo ou de atos exibicionistas⁵⁷. Na nossa perspetiva, trata-se também de uma utilização direta dos menores, porque há uma relação direta entre o agente e a vítima do crime da qual resulta uma violação da autodeterminação sexual do menor de 18 anos de idade.

Por outro lado, o mesmo não acontece nas ações que consubstanciam a utilização indireta de menores, as condutas criminalizadas têm o propósito de parar a disseminação de materiais de cariz pornográfico⁵⁸. Neste âmbito, somos da opinião que a incriminação destas condutas é orientada por um bem jurídico supra-individual, a infância e a juventude, porque tem a finalidade de proteger a menoridade, desincentivando o crescimento deste mercado para, a longo prazo, acabar com ele.

Contudo, este entendimento não é unânime no seio da doutrina, havendo quem defenda que a divulgação afeta mais os menores, afirmando que as condutas que

⁵⁴ Neste contexto, temos um fenómeno popular entre adolescentes, o *sexting*, que consiste no envio de mensagens de texto ou e-mails de cariz sexual. Ora, inúmeras vezes estas mensagens são acompanhadas de fotografias ou vídeos onde os menores exibem os seus órgãos sexuais ou se mostram nus ou seminus. Na hipótese de tais registos serem divulgados, poderá estar em causa um crime de pornografia de menores.

⁵⁵ Para um maior aprofundamento das questões relacionadas com o consentimento, cfr. Carvalho, 2011, pp. 443-455.

⁵⁶ Cfr. Lopes & Milheiro, 2015, p. 191.

⁵⁷ Cfr. Lopes & Milheiro, 2015, p. 191.

⁵⁸ Cfr. Lopes & Milheiro, 2015, p. 192.

consubstanciam a utilização indireta também tutelam diretamente a liberdade e autodeterminação sexual dos menores.

Não obstante, podemos aqui notar que, para além da procura “de uma tutela indireta da liberdade e autodeterminação sexual dos menores, proibindo todo o mercado de produção, distribuição, importação, exportação, divulgação e cedência de material pornográfico, também se procura através desta incriminação evitar danos na esfera pessoal do menor, que decorre da sua associação ao mercado pornográfico, com as sequelas físicas, emotivas, de reputação e honra que daí advêm”.⁵⁹

Na aceção dos suprarreferidos autores⁶⁰, com a qual não podemos deixar de concordar, existe uma proteção antecipada do interesse superior do menor, uma vez que os comportamentos elencados nas alíneas c) e d) do n.º 1, do art. 176º, ainda que não sejam violentos, são passíveis de causar danos na esfera pessoal de um menor e prejudicar o seu desenvolvimento global, através da constante circulação do material pedopornográfico, tratando-se a relação do agente e da vítima de uma relação indireta.

2.5. Modalidades de ação e formas de conduta

Efetuada a distinção entre as duas formas de utilização de menores, impõe-se agora fazermos uma breve incursão pelas modalidades de ação através das quais o tipo de ilícito pode ser preenchido, ou seja, as quatro variantes em que se desdobra o n.º 1 do art. 176º.

Trata-se, na alínea a), de punir quem “utilizar menor em espetáculo pornográfico”, não bastando que o menor seja um mero espectador do acontecimento que ocorra, por exemplo, em qualquer local aberto ao público, ele deve participar diretamente no espetáculo⁶¹.

Por sua vez, na alínea b) é punido quem “utilizar menor em fotografia, filme ou gravação pornográficos, independentemente do seu suporte”. Aqui, cremos que utilizar o menor significa aproveitar-se efetivamente dele como participante a qualquer título, seja como ator ou modelo, no registo das imagens pornográficas.

Neste âmbito, consideramos ser de relevo o facto de a Reforma de 2007 ter equiparado a utilização efetiva ao aliciamento. Nos atos das alíneas a) e b) é igualmente punido o aliciamento, um ato de execução objetivo (art. 22º, n.º 2, c), CP) que consiste em todo e qualquer comportamento, por meio de conversas e outras condutas, de que o agente se sirva no sentido de induzir o menor a ter comportamentos de cariz sexual e intervir nos espetáculos pornográficos, fotografias, filmes ou gravações pornográficas.

⁵⁹ Cfr. Lopes & Milheiro, 2015, pp. 192-193.

⁶⁰ Cfr. Lopes & Milheiro, 2015, p. 193.

⁶¹ Cfr. Lopes, 2008.

Portanto, podemos considerar que as alíneas a) e b) representam as modalidades dominantes, uma vez que sem estas não existiria o restante elenco de condutas atentatórias dos bens jurídicos da liberdade e autodeterminação sexual e da infância e da juventude.

No art. 176º, n.º 1, alínea c), estabelece-se que quem “produzir, distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder, a qualquer título ou por qualquer meio”, materiais pornográficos, é punido com pena de prisão de um a cinco anos. Enquanto a produção e a distribuição abrangem todo o processo que vai desde a conceção até à cedência do material a terceiros, a importação e a exportação dizem respeito ao transporte para Portugal ou para outro país. Já a divulgação corresponde à propaganda feita ao material pornográfico e a exibição à mostra deste material a terceiros⁶². Por último, temos a cedência, que inclui todos os modos de transmissão destes materiais, independentemente dos meios de comunicação e tecnologia utilizados para tal, incluindo aqui a via telemática⁶³.

Em síntese, a alínea c) abarca “desde a origem e de forma plena, todas as formas de divulgação, todo o tipo de tráfico de instrumentos”⁶⁴.

De todo o modo, é de recordar que toda a norma jurídica carece de interpretação, inclusive nos casos em parece óbvio um teor literal, as condutas que elencamos não se ficam pela letra da lei. A título de exemplo, temos o caso do Ac. do TRP, de 03.12.2014, no qual o recorrente, após ser condenado pela prática do crime previsto e punido pelo art. 176º, n.º 1, c), do CP, recorre para o TRP, invocando um erro na qualificação jurídica dos factos, porque considera que não importou material pedopornográfico, alegando que o conceito de “download” não existe no direito penal de *iure constituto* e que um download não pode ser visto como uma importação. Não obstante, o TRP manteve a sentença recorrida, concluindo que “fazer *download* de dados de pornografia de menores, de um servidor para o seu dispositivo de informática pessoal, relativos a ficheiros de imagens, integra o conceito de *importar* na al. c) do n.º 1 do art. 176º, CP”.⁶⁵

Contudo, não concordamos com o enquadramento jurídico que o TRP fez neste caso, uma vez que importar não equivale ao download, à semelhança do que foi decidido no Ac. do TRL, de 15.12.2015, no qual o TRL concluiu que “a detenção já inclui o

⁶² De acordo com o Ac. do TRP, de 07.06.2017, “integra o crime de pornografia de menores p.p. pelo art. 176º, n.º 1, c), CP, o recebimento e guarda de fotos de jovem de 14 anos de várias partes do seu corpo sem vestuário, enviadas pela própria a terceiro através do Facebook, e que as reenviou a outrem que as recebeu e visualizou”. Ac. TRP, de 07-06-2017 (Relator: Cravo Roxo), Proc. n.º 481/14.5JABRG.P1. Retirado de: www.dgsi.pt.

⁶³ A via telemática consiste no conjunto de serviços informáticos disponibilizados por uma rede de telecomunicação. Deste modo, incluímos aqui o envio de material pornográfico através de telemóveis, computadores e redes digitais.

⁶⁴ Rodrigues, 2011, pp. 261-291.

⁶⁵ Ac. TRP, de 03-12-2014 (Relator: Artur Oliveira), Proc. n.º 4190/11.9TAGDM.P1. Retirado de: www.dgsi.pt.

download”⁶⁶, pelo que uma situação destas, na qual o agente descarrega o material de pornografia de menores e se limita a detê-lo, deverá ser subsumida ao n.º 5 do art. 176º⁶⁷.

Por último, temos na alínea d) um crime de ato cortado que também pune com pena de prisão, de um a cinco anos, quem “adquirir ou detiver materiais previstos na alínea b) com o propósito de os distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder”. Ora, ainda que o tipo refira vários resultados, não é necessário que estes se verifiquem, basta que o agente tenha a intenção de que um destes se produza. Por conseguinte, temos aqui um crime que exige um dolo específico, a intenção de produção do resultado⁶⁸, ou seja, um crime que para além do dolo exige um intento de ver aquele resultado ocorrer, cuja verificação é extra-típica.

A partir das modalidades descritas no n.º 1, a lei estabelece como qualificadas várias condutas, sem prejuízo das agravantes presentes no art. 177º do CP. No n.º 2 encontra-se a qualificação das condutas elencadas no n.º 1 por quem as praticar “profissionalmente ou com intenção lucrativa”⁶⁹. Relativamente a esta circunstância, é de lembrar que o carácter profissional não se confunde com a intenção lucrativa. Enquanto a atividade profissionalizada exige uma certa reiteração, a intenção lucrativa não; um ato esporádico pode visar o lucro, isto é, a melhoria da situação patrimonial do agente. De todo o modo, facilmente se compreende a *ratio* desta agravante: travar o crescimento da indústria de pornografia de menores, punindo mais gravemente quem vive desta atividade ou lucra com a mesma.

Já no n.º 3 encontramos outra qualificação do tipo de crime, o uso de “violência ou ameaça grave”⁷⁰, aqui para punir mais gravemente as condutas daqueles que, para a prática das ações das alíneas a) e b) do n.º 1, se servem de mecanismos de constrangimento da vítima, para a forçar a intervir em espetáculo pornográfico ou em fotografia, filme ou gravações pornográficas. Nesta hipótese, há aqui um concurso aparente com a ofensa à integridade física simples (art. 143º do CP) ou com a ameaça grave (art. 155º, n.º 1, do CP)⁷¹.

Relativamente ao conceito de “ameaça grave”, este poderá suscitar algumas dúvidas, desde logo o de saber que tipo de ameaças podem ser tidas como graves. Ora, do ponto de vista da lei, a diferenciação qualitativa entre este conceito e o de “ameaça” é determinante, mas a nós parece-nos que tal diferenciação é irrelevante, dado que no

⁶⁶ Ac. TRL, de 15-12-2015 (Relator: Ana Sebastião), Proc. n.º 3147/08.JFLSB.L1-5. Retirado de: www.dgsi.pt.

⁶⁷ No mesmo sentido, cfr. Ac. TRE, de 17-03-2015 (Relator: Carlos Jorge Berguete), Proc. n.º 524/13.oJDLSB.E1. Retirado de: www.dgsi.pt.

⁶⁸ Cfr. Lopes & Milheiro, 2015, p. 194.

⁶⁹ Através das alterações levadas a cabo pela Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto, o n.º 7 do art. 176º também passou a prever a intenção lucrativa como circunstância qualificativa das condutas presentes nos n.ºs 5 e 6 do art. 176º.

⁷⁰ Sobre o conceito de ameaça, cfr. Dias, 2012, pp. 556-560.

⁷¹ Já se os atos descritos no n.º 1 forem praticados recorrendo a ofensa à integridade física grave (art. 144º do CP), temos um concurso efetivo, o mesmo sucedendo com a ameaça simples (art. 153º do CP).

prisma de uma criança, e mesmo de um jovem, tal distinção não existe ou é ainda muito ténue. Assim, seria mais apropriado o conceito desta norma ser o de “ameaça” ou outro ajustado às características das vítimas, tal como sucede noutros países⁷².

Avançando, com a pretensão de transpor para a nossa ordem jurídica o disposto no art. 20º, n.º 1, alíneas d) e f), da Convenção de Lanzarote⁷³, o n.º 5 do art. 176º esclareceu e alargou o âmbito da criminalização do anterior n.º 4, um privilegiamento do crime que apenas punia a mera aquisição e detenção de materiais pedopornográficos, mesmo sem fim ou intenção de divulgação. A título de exemplo temos o caso do Ac. do TRC de 02.04.2014, no qual o arguido A foi condenado pela prática de um crime de detenção de fotografias pornográficas de menores, ao abrigo do art. 176º, n.º 4, tendo para esta decisão bastado o exame pericial efetuado ao computador deste, no qual foram encontrados oitenta e nove ficheiros de imagem contendo crianças, nuas e em poses de exibição dos seus órgãos sexuais⁷⁴.

Hoje, “quem, intencionalmente, adquirir, detiver, aceder, obtiver ou facilitar o acesso através de sistema informático ou qualquer outro meio aos materiais referidos na alínea b) do n.º 1 é punido com pena de prisão.” Desde logo, é de salientar que esta nova redação veio clarificar que estas condutas podem ser levadas a cabo através de “sistema informático ou qualquer outro meio”, sendo de louvar a referência ao sistema informático, mesmo que a expressão “qualquer meio” já o pudesse incluir⁷⁵, porque este será o principal método utilizado para a prática deste crime.

Esta norma veio então esclarecer o alcance do anterior n.º 4, pretendendo punir a visualização de pornografia de menores, isto é, o mero consumidor e não apenas as situações de acesso e posse⁷⁶. De modo a que este comportamento seja punido, tem de se exigir do agente uma intenção⁷⁷, por isso é que esta incriminação consubstancia um crime intencional, excluindo do seu âmbito uma série de situações, como a obtenção de prova para um processo crime ou o desconhecimento informático, em que a conduta da

⁷² Para o mesmo efeito, o Codice Penale italiano utiliza o termo “ameaça” no seu art. 600-sexies, enquanto o Código Penal espanhol já não recorre a este termo, tendo o legislador optado por utilizar o termo “intimidação”. Na verdade, a Diretiva n.º 2011/92/UE, responsável por esta agravante, não impõe que seja efetuada tal diferenciação.

⁷³ O art. 20º, n.º 1 deste diploma estabeleceu que “cada Parte toma as necessárias medidas legislativas para qualificar como infração penal os seguintes comportamentos dolosos, desde que cometidos de forma ilícita: (...) d) A procura, para si ou para outrem, de pornografia de menores; (...) f) O facto de aceder, conscientemente, através das tecnologias de comunicação e de informação a pornografia de menores”.

⁷⁴ Cfr. Ac. TRC, de 02-04-2014 (Relator: Belmiro Andrade), Proc. n.º 347/08.8JACBR.C1. Retirado de: www.dgsi.pt.

⁷⁵ Cfr. Lopes, 2008, p. 154.

⁷⁶ Cfr. Lopes & Milheiro, 2015, p. 198.

⁷⁷ Para além da Convenção de Lanzarote, também a Diretiva n.º 2011/92/UE veio sublinhar a importância, no seu considerando 18, de se verificar uma intenção na conduta do agente que acedeu a materiais de pornografia de menores.

pessoa não é orientada para aquele fim⁷⁸ ou quando o contacto com estes materiais de pornografia de menores ocorre por mero acidente. Já não ficará fora do âmbito deste número quem, por exemplo, aceda a um site com material de pornografia de menores e visualize estes conteúdos; mesmo que não efetue qualquer *download*, será possível através do registo do Histórico ver as páginas que a pessoa visitou.

Deste modo, parece-nos que o n.º 5 faz mais sentido que o anterior n.º 4 que, ao apenas punir a mera posse, nos deixava a seguinte questão: como se deixa impune o consumidor, mas se pune o mero detentor de materiais de pornografia infantil? O útil não é a medida do justo. Ora, pensamos ser claro que a autodeterminação sexual do menor é mais atingida pelo consumo destes materiais do que pela sua mera detenção – os consumidores é que sustentam todo este mercado. Não obstante este aperfeiçoamento, o teor textual deste número não deixa de ser confuso. O legislador poderia ter optado por uma redação mais clara, como a do CP espanhol, cujo art. 189º, n.º 5⁷⁹, autonomiza as várias condutas, começando por punir quem adquire pornografia de menores para uso próprio, para depois punir quem praticar as modalidades típicas de acesso a estes materiais.

Por último, este preceito pune igualmente quem facilitar este acesso a terceiros, ou seja, aquele que possibilita o acesso a outrem, por exemplo criando sites pornográficos, divulgando links ou senhas de acesso para determinados sites do género ou efetuando uma mera pesquisa, bem como quem, ainda que sem nenhuma compensação, obtiver material pornográfico ou facilitar a sua obtenção, por exemplo efetuando o download de material pornográfico⁸⁰.

Por outro lado, e também para cumprir o estabelecido na Convenção de Lanzarote, o n.º 6, por força das alterações levadas a cabo pela Lei n.º 103/2015, consolidou outro privilegiamento, passando a punir “quem, presencialmente ou através de sistema informático ou qualquer outro meio, sendo maior, assistir ou facilitar acesso a espetáculo pornográfico envolvendo a participação de menores de 16 anos de idade”, criando assim uma nova incriminação que complementa a da alínea a) do n.º 1, dado que este tipo pretende apenas punir quem utilize menores em espetáculos pornográficos⁸¹. Não

⁷⁸ A Diretiva n.º 2011/92/UE, no seu considerando 17, refere explicitamente que os EM podem prever “uma causa de exclusão da ilicitude em relação a comportamentos associados a ‘material pornográfico’ que tenham, por exemplo, fins médicos, científicos ou similares”.

⁷⁹ O art. 189º, n.º 5, do Código Penal espanhol estabelece que: “El que para su propio consumo adquiriera o posea pornografia infantil o en cuya elaboración se hubieren utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años. La misma pena se impondrá a quien acceda a sabiendas a la pornografía infantil (...) por medio de las tecnologías de la información y la comunicación”.

⁸⁰ Cfr. Lopes & Milheiro, 2015, p. 199.

⁸¹ De acordo com o Relatório Explicativo da Convenção de Lanzarote, ficou a cargo das Partes qualquer definição de espetáculo pornográfico, desde que o foco fosse o de lidar sobretudo com espetáculo ao vivo de crianças envolvidas em condutas sexualmente explícitas. Cfr. Relatório Explicativo da Convenção de Lanzarote. Retirado de: <https://rm.coe.int/16800d3832>.

obstante já termos visto em que consiste um espetáculo pornográfico, é de assinalar que o espetáculo tem efetivamente de ser assistido “ao vivo” ou “em direto”, uma vez que se não for verificada tal exigência corre-se o risco de haver uma sobreposição com o número anterior.

Consideramos este número extremamente importante, dado que não permite aos espetadores de espetáculos deste tipo, que incrementam a exploração sexual de menores, saírem impunes, mesmo que não tenham adquirido qualquer material de pornografia de menores.

Concluindo, é também de notar que o n.º 8 do art. 176º estabelece que a “tentativa é punível”, o que pode gerar dúvidas relativamente à tentativa de aliciamento, uma vez que esta “é materialmente uma tentativa de tentativa, cuja punição seria desproporcional e excessiva. Impõe-se, pois, uma interpretação restritiva conforme à Constituição”⁸² do art. 176º, n.º 8, de forma a excluir a tentativa de aliciamento.

3. Análise da pseudopedopornografia

3.1 Origem

Em 1996, nos EUA, foi adotado o *Child Pornography Prevention Act*, uma lei federal norte-americana cuja finalidade era a restrição da pornografia de menores. Devido à evolução tecnológica, este diploma estendeu o conceito de pornografia de menores às imagens produzidas eletronicamente, bem como às imagens em que a impressão predominante é de serem mostradas crianças, mesmo que as características apresentadas pudessem ser as de um adulto. Assim nasceu a noção de pseudopedopornografia, precisamente por neste tipo de conteúdo não existirem menores reais.

Ora, ainda que o CCPA tenha vindo a ser declarado inconstitucional, como veremos adiante⁸³, tal inconstitucionalidade não surtiu efeitos noutros ordenamentos jurídicos. Um a um, vários países foram criminalizando a pseudopedopornografia. Aquando da Reforma de 2007, o art. 176º do CP também veio punir, com pena de prisão até dois anos, aqueles que praticassem os atos das alíneas c) e d) com representação realista de menor.

Hoje, o referido privilegiamento encontra-se no n.º 4 do art. 176º, segundo o qual “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”. A fonte deste preceito, a DQ 2004/68/JAI do Conselho, de 22 de dezembro de 2003⁸⁴, previa expressamente no seu art. 3º, n.º 2, alíneas a), b) e c), que os Estados-

⁸² Albuquerque, 2015, p. 703.

⁸³ Cfr. Subcapítulo 3.4.

⁸⁴ É de relembra que a definição de pornografia infantil da DQ 2004/68/JAI do Conselho abrange “pessoas reais com aspeto de crianças” e “imagens realistas de crianças não existentes”.

Membros poderiam isentar de responsabilidade as ações relacionadas com a representação realista de menor, ou seja, concedia aos Estados-Membros a faculdade de optarem, ou não, pela criminalização de tais ações⁸⁵. Não obstante, o nosso Estado optou por fazê-lo.

3.2. Vertentes

Foi então criado um tipo criminal cujo elemento típico, a “representação realista de menor”, poderá, desde logo, deixar o intérprete na dúvida quanto ao âmbito da atual redação do art. 176º, n.º 4, do CP, isto é, com a questão de saber se este tipo de representação compreende duas vertentes, a da pedopornografia aparente, que consiste na “produção pornográfica com participação de adultos que pelos seus traços físicos ou caracterização aparentam ser menores”⁸⁶, e a da pedopornografia virtual, constituída pelas “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 partes de imagens de menores”⁸⁷, ou se compreende exclusivamente a pedopornografia virtual⁸⁸, dúvida que se coloca essencialmente por causa da terminologia da suprarreferida DQ, que distingue estes dois tipos de pseudopedopornografia.

Neste âmbito, parece-nos claro que o preceito abrange ambas as vertentes. Partilhamos do mesmo entendimento que Paulo Pinto de Albuquerque⁸⁹, para quem a “representação realista de menor inclui não apenas a ficção de um menor, como a utilização de pessoa real com aspeto de menor, com vista a criar a impressão no consumidor do material de que se representa um menor”.⁹⁰ Ora, outro entendimento não faria sentido, porque Portugal não formulou qualquer reserva aos diplomas a que aderiu e que incluíam ambas as categorias de pseudopedopornografia. Por outro lado, a representação na qual são utilizados adultos trata-se também de uma representação realista, mesmo não se tratando de uma construção virtual.

Encontramo-nos então perante uma incriminação controversa, que inclui tanto a utilização de pessoa real com aspeto de menor, como a ficção total ou parcial da imagem

⁸⁵ No mesmo sentido, a Convenção de Lanzarote preceitua, no seu art. 20º, n.º 3, que cada Parte pode reservar-se o direito de criminalizar a produção de material pornográfico com representação realista de menor.

⁸⁶ Albergaria & Lima, 2010, pp. 195-220.

⁸⁷ Albergaria & Lima, 2010, pp. 195-220.

⁸⁸ Por sua vez, há quem subdivida a pedopornografia virtual em pedopornografia virtual total, aquela em que o menor é inteiramente criado virtualmente, e em pedopornografia virtual parcial, aquela em uma parcela da imagem é real.

⁸⁹ Assim, também Albergaria & Lima, 2010, pp. 195-220. Em sentido contrário, Alfaiate, 2009, pp. 120 e ss., e Lopes, 2008, pp. 156 e ss.

⁹⁰ Albuquerque, 2015, p. 552. No mesmo sentido, Rodrigues, 2011, pp. 261-291.

de um menor, objeto de divergência na doutrina e motivo de decisões jurisprudenciais discutíveis, razão pela qual optámos por lhe destinar um capítulo da nossa dissertação.

3.3. Bem jurídico

Não dissuadido pela discussão que esta questão vinha a causar, o legislador português decidiu criminalizar a produção, distribuição, importação, exportação, divulgação, exibição ou cedência, a qualquer título ou por qualquer meio, bem como a aquisição ou detenção com o propósito de distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder, de imagens com “representação realista de menor”.

Desde logo, trata-se de uma incriminação polémica, porque “não é identificável, aliás, qual o bem jurídico que se quer tutelar”⁹¹. Simples, seria afirmar que este número tutela também a liberdade e autodeterminação sexual dos menores, mas a questão é bem mais complexa: não podemos afirmar que seja este o bem quando não estão em causa menores vítimas diretas deste tipo de pornografia. Como já referimos anteriormente, o Direito Penal apenas deve ser chamado a intervir na tutela de bens jurídicos e, além deste critério, deve seguir o da necessidade, presente no art. 18º, n.º 2, da CRP. Ora, não havendo aqui vítimas, não podemos dizer que haja necessidade de intervenção penal, ainda que esta posição não seja uniforme junto da doutrina.

Neste contexto, não podemos deixar de concordar com Maria João Antunes, que não aceita a criminalização da pornografia com representação realista de menores como admissível⁹², apontando a utilização de menores em espetáculo pornográfico ou fotografia, filme ou gravação pornográficos com representação realista de menor como uma das modalidades de ação do crime do art. 176º “em que se perde a referência ao bem jurídico individual da liberdade e da autodeterminação sexual dos menores”⁹³, deixando de estar aqui em causa a sua tutela⁹⁴.

Ora, mesmo que o bem jurídico seja o da infância e da juventude, um bem jurídico supra-individual, não podemos deixar de nos questionar se tal incriminação não representa um retrocesso, apoiando-se no bem da moral pública e desrespeitando o critério da dignidade jurídico-penal. Esta posição é também validada pelo entendimento de Alberto Cadoppi, segundo o qual esta incriminação, ao não identificar qualquer vítima, indicia um regresso a um direito penal de autor, *in casu* o pedófilo⁹⁵. Por outro

⁹¹ Cfr. Lopes & Milheiro, 2015, p. 196.

⁹² Esta tese começou por surgir em Itália, com Giovanni Cocco, que considerava que apenas a tutela de menores existentes justifica a tutela penal, o que não é o caso da representação realista de menor. Para um conhecimento mais detalhado sobre a posição deste autor, Cocco, 2006, pp. 863-890.

⁹³ Antunes, 2010, pp. 153-161.

⁹⁴ No mesmo sentido, Alfaiate, 2009, p. 120 e Lopes, 2008, p. 157.

⁹⁵ Cfr. Cadoppi, 2006, pp. 71 e ss.

lado, há quem considere que esta incriminação respeita o suprarreferido critério, defendendo que se trata de um crime de perigo abstrato.

A única situação em que reconhecemos que poderá haver alguma ofensa a um menor real e, conseqüentemente, à sua autodeterminação sexual, será aquela em que na pedopornografia virtual são utilizadas imagens ou partes de imagens de menores existentes, mas apenas na medida em que estes possam ser reconhecidos.

Não obstante o debate sobre os efeitos da pornografia no incentivo da prática de crimes sexuais ser inconclusivo, visto que há estudos nos dois sentidos, isto é, tanto há investigações que revelam que o consumo de pornografia tem um efeito catártico como outras demonstram que este consumo pode levar à prática destes crimes, Alberto Cadoppi é apologista de que será mais fácil aceitar que a pornografia de menores pode levar à prática destes crimes, mas considerar que a pseudopornografia de menores tem os mesmos efeitos, mesmo sendo esta apresentada em contextos diferentes, será um facilitismo que poderá comprometer a liberdade de outrem⁹⁶.

Apoiar um Direito Penal promotor da virtude é apoiar um Direito Penal que atenta contra os seus próprios princípios e contra os direitos da comunidade que tenta proteger.

3.4. Conflito com outros direitos

Em sede de Direito Comparado, é de salientar o caso dos EUA, onde emergiu o CPPA, em 1996, um diploma que proibia a reprodução e distribuição de imagens de pornografia de menores, incluindo nesta criminalização a utilização de imagens que aparentassem mostrar menores envolvidos em atos sexuais, mas produzidas sem o uso de crianças reais, o que incluía as imagens produzidas virtualmente ou as imagens em que fossem utilizados adultos com aspeto de menores, e que originou o caso *Ashcroft v. Free Speech Coalition*⁹⁷.

Receando uma diminuição nas suas atividades, a *Free Speech Coalition*⁹⁸ veio contestar esta lei junto do Tribunal do Distrito Federal do Norte da Califórnia, alegando que esta era demasiado ampla e vaga, havendo aqui uma violação da liberdade de expressão, garantida pela Primeira Emenda à Constituição norte-americana. Por sua vez, o Governo norte-americano argumentava que mesmo este tipo de imagens, em que não se utilizavam menores de “carne e osso”, poderiam incitar à prática de outros crimes sexuais. O caso terminou no Supremo Tribunal norte-americano, que declarou este

⁹⁶ Cadoppi, 2006, pp. 71 e ss.

⁹⁷ Sentença retirada de: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/00-795.ZO.html>.

⁹⁸ Fundada em 1993, a *Free Speech Coalition* é uma associação norte-americana sem fins lucrativos cuja finalidade é apoiar a indústria de pornografia e de entretenimento para adultos. O seu trabalho não se reduz apenas a um apoio à indústria pornográfica em geral, incluindo também a proteção dos direitos de comunidades que trabalham nesta indústria, que historicamente têm sido alvo de discriminação e descrédito pela sociedade, o que inclui os direitos à saúde das mulheres e os direitos LGBT. Para um conhecimento mais detalhado sobre esta associação, consultar: <https://www.freepreechcoalition.com>.

diploma inconstitucional, afirmando que o nexo invocado pelo Governo era demasiado ambíguo e que danos decorrentes da prática de outros crimes não podem ser imputados a uma forma de expressão.

Neste contexto, o Supremo Tribunal afirmou que “a mera tendência de se expressar ou encorajar atos ilegais” nunca foi motivo suficiente para proibir uma forma de expressão. Concluindo que a criminalização da modalidade de pornografia que envolvesse a representação realista de menor reduzia substancialmente a liberdade de expressão, garantida pela Primeira Emenda à Constituição, este Tribunal lembrou ainda que as atividades sexuais entre adolescentes e o abuso sexual de crianças têm inspirado inúmeras obras literárias, cinematográficas e televisivas, exemplificando várias obras, entre as quais o filme *Beleza Americana*⁹⁹. Mas, para além dos exemplos elencados por este Tribunal, existem outros, nomeadamente o filme *Pretty Baby, garotinha bonita*¹⁰⁰, ainda que se trate de exemplos diferentes.

Reconhecendo que existem obras de arte que poderão ser perturbadoras devido ao seu conteúdo, fugindo aos padrões morais da sociedade, não significa que concordemos que estas possam ser consideradas ilícitos criminais, uma vez que não só nenhum menor de “carne e osso” é colocado em perigo, como não se conseguem individualizar os perigos que daí possam advir para o desenvolvimento dos menores.

Neste sentido, partilhamos da mesma opinião que José Mouraz Lopes e Tiago Caiado Milheiro de que, “na aplicação da norma, deverá sempre levar-se em consideração que não será admissível na representação realista de menor levar a interpretação a áreas expressamente tidas como expressão artística ou que, na dúvida, se possam vir a considerar como tal”.¹⁰¹ Como exemplos, temos o caso dos *hentais*¹⁰² que, por muito aberrantes que possam parecer para alguns, são uma forma de expressão artística veiculada por vários meios, entre os quais o mercado editorial¹⁰³ e a televisão.

⁹⁹ Filme norte-americano de 1999, no qual uma rapariga adolescente tem relações sexuais com o seu namorado adolescente e se entrega à gratificação sexual de um homem de meia-idade. O filme contém ainda uma cena em que uma das personagens acredita estar a assistir ao seu namorado adolescente a ter relações sexuais com um homem mais velho.

¹⁰⁰ Filme norte-americano de 1978, que conta a história da filha de uma prostituta, criada num bordel e preparada para seguir os passos da mãe. Aquando da sua estreia, o filme foi extremamente polémico por conter cenas de nudez de uma Brooke Shields de 12 anos, censuradas em vários países. Vários jornalistas acusaram o filme de conter pornografia infantil.

¹⁰¹ Lopes & Milheiro, 2015, p. 197.

¹⁰² *Hentai* é uma palavra de origem japonesa que significa perversão sexual, sendo este um termo utilizado para referenciar *mangas* (bandas desenhadas) e *animés* (filmes ou séries animadas) com conteúdo sexual. Não obstante o seu conteúdo, os *hentais* são considerados uma forma de arte japonesa, mesmo aqueles que contêm cenas que envolvem menores em atos sexuais. Mesmo fora do género *hentai*, existem *mangas* e *animés* nos quais personagens menores surgem em cenas de cariz erótico, não sendo por isso consideradas pornografia.

¹⁰³ Em 2010, na Suécia, um tradutor de *mangas* tornou-se o centro de um caso extremamente polémico ao ser multado por possuir desenhos animados de pornografia infantil. Ainda que a decisão de o multar tenha sido unânime, um juiz reconheceu que tal desfecho levantava uma série de questões, por haver um claro conflito entre a liberdade de expressão, por um lado, e os direitos das crianças, por outro.

O Governo norte-americano argumentou ainda que há casos em que é impossível, devido à evolução tecnológica, distinguir imagens virtuais das imagens reais, o que poderia ser utilizado pelo arguido como defesa. A tal consideração, o Supremo-Tribunal respondeu afirmando que não se pode suprimir uma forma de expressão lícita para suprimir uma ilícita, ou seja, não faz sentido punir a pedopornografia virtual para que tal incriminação seja um meio para acabar com a pedopornografia real.

Parece-nos que tal forma de expressão é merecedora de proteção, porque não só não causa danos a menores existentes como não lhe é inerente uma danosidade social que justifique a sua proibição.

Não obstante, este Tribunal veio, em 19 de maio de 2008, pronunciar-se mais uma vez sobre a questão, no caso *United States v. Williams*, no qual veio declarar a constitucionalidade do *Prosecutorial Remedies and Other Tools to End the Exploitation of Children Today Act* (PROTECT ACT), um diploma de 2003 relativo à criminalização de pornografia de menores virtual, que não pune diretamente este tipo de pornografia, mas sim a transação de material deste género na convicção de que esse mesmo material representa menores reais ou a transação com a finalidade de criar no adquirente a convicção de que o referido material contém menores reais. Facilmente se compreende que este diploma, contrariamente ao que sucedia no CPPA, não prejudica a liberdade de expressão de ninguém, o seu objetivo é precisamente impedir a impunidade de quem, servindo-se da já mencionada evolução tecnológica, produz pornografia de menores e utiliza esta dúvida para evitar ser condenado.

Poderemos também em Portugal dizer que a criminalização da pornografia com representação realista de menor contende com a liberdade de expressão? A nosso ver, a resposta é afirmativa. A CRP, no seu art. 37º, n.º 1, estabelece que “todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informados, sem impedimentos nem discriminações”, acrescentando o n.º 2 que “o exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura”. O âmbito normativo desta liberdade compreende então a proteção de conteúdo e também os seus meios de expressão¹⁰⁴, pelo que a incriminação da pseudopornografia de menores contende com este direito, bem com o da liberdade de criação cultural (art. 42º da CRP), considerando que alguns dos materiais pseudopornográficos, como por exemplo os *hentais*, são vistos como formas de expressão artística.

Para além disto, obstar à escolha deste tipo de materiais para consumo, por muito repugnante que seja, trata-se de obstar a uma opção íntima e pessoal, o que também

¹⁰⁴ Cfr. Canotilho & Moreira, 2007, p. 572.

pode contender com o exercício de outros direitos, como o da privacidade e o do próprio desenvolvimento da personalidade, direitos que têm também assento constitucional (art. 26º, n.º 1).

Ora, ainda que haja quem defenda esta incriminação com o argumento pragmático de que poderá ser tarefa árdua provar a idade dos participantes no material pornográfico¹⁰⁵, esta razão não é suficiente para legitimar a restrição da liberdade de expressão artística. A legítima restrição dos direitos, liberdades e garantias apenas pode ser efetuada se respeitar três princípios, sendo estes os princípios da adequação, da exigibilidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Considerando a articulação destes princípios com o carácter subsidiário do Direito Penal, não concordamos que esta questão seja tratada por um ramo que é tido como a *ultima ratio*, quando o melhor seria ver estes materiais casuisticamente e, se necessário, aplicar aos seus difusores outro tipo de sanções. Como salienta Conceição Cunha, “constatada a danosidade social de uma determinada conduta, o primeiro passo para se averiguar da carência de tutela penal (deverá ser) o da investigação acerca da existência de outras formas de tutela que possam apresentar alguma adequação para a situação em causa”¹⁰⁶.

Posto isto, é importante para nós, mais uma vez, sublinhar que, na nossa visão, o material pornográfico com representação realista de menor não viola direitos de nenhuma criança ou adolescente em concreto, mesmo tratando-se de uma tutela penal antecipada. A sua ilicitude poderá representar uma limitação à liberdade de expressão, limitação essa que mais não é do que a expressão de uma política que visa a censura moral. Tal como é revelado por alguns estudos, o nexó entre a pornografia com representação realista de menor e a prática de outros crimes sexuais é demasiado ténue para ser criminalizado um ato que não fere um bem jurídico. Continuar a dizer que este tipo de pornografia coloca em perigo a liberdade e a autodeterminação sexual de crianças poderá abrir precedentes para dizermos que qualquer tipo de pornografia alimenta perversões e, no limite, que filmes violentos concorrem para o aumento de ofensas à integridade física e homicídios.

Tal como refere José Mouraz Lopes, determinadas obras não devem ser consideradas como ilícitos criminais por não fazerem parte dos padrões de apreciação cultural da sociedade vigente, por muito que a melindrem¹⁰⁷, facto a que a nossa lei não

¹⁰⁵ Relativamente à prova da idade dos participantes, é de salientar que, na impossibilidade de se juntar certidão de nascimento, tal prova pode ser feita por meio de perícias, uma vez que o Tribunal tem poderes de investigação em sede de audiência de julgamento, ao abrigo do art. 340º do CPP. O mesmo se pode dizer quanto à prova de os menores utilizados em material pornográfico serem, ou não, reais. A prova da idade será efetuada de acordo com a escola dos estádios de Tanner. Cfr. Ac. TRP, de 17-11-2010 (Relator: José Manuel Araújo Barros), Proc. n.º 5/04.2AILSB.P1. Retirado de: www.dgsi.pt.

¹⁰⁶ Cunha, 1995, p. 243.

¹⁰⁷ Cfr. Lopes, 2008, p. 157.

devia ser alheia, tal como sucede na Suécia, cujo Código Penal prevê que “as proibições relativas à representação e posse não se aplicam a pessoas que desenhem, pintem ou desenvolvam atividade semelhante”¹⁰⁸ ou em Itália, que, desde 2006, estendeu a proibição da pornografia de menores à sua simulação, mas excluiu desta incriminação desenhos e outras simulações não realistas de pornografia de menores.

Conclusão

Aqui chegados, cumprirá agora fazer uma breve súmula relativa à temática versada na presente dissertação.

Retornando ao nosso ponto de partida, é inegável que houve uma grande evolução no âmbito do Direito Penal Sexual no nosso país, tendo como referência a proteção penal da liberdade e da autodeterminação sexual dos menores. A autonomização do crime de pornografia de menores no nosso CP é fruto dessa evolução, que foi fortemente influenciada pela transposição para o direito interno de uma série de diplomas comunitários e internacionais, sendo preponderante neste âmbito a Reforma de 2007, que tinha a pretensão de promover uma proteção mais forte de todos os menores.

Não obstante esta preocupação do legislador, concluímos que nem todas as condutas previstas neste tipo legal de crime têm como referência a tutela da liberdade e da autodeterminação sexual dos menores, o que revela um Direito Penal por vezes alheio ao critério da dignidade jurídico-penal. Uma dessas condutas é precisamente a da pseudopedopornografia.

No âmbito do crime de pornografia de menores, ainda há muito caminho a trilhar, sobretudo no que diz respeito à pseudopedopornografia. Ora, entendemos que punir o sujeito que utiliza imagens de menores que não existem ou de adultos que têm aspeto de menores é cair num excesso e na corrente neocriminalizadora cuja histeria tem ecoado em matéria de criminalidade sexual.

Tal como já referimos, não queremos com isto apoiar o reconhecimento de um direito de produção e consumo de pornografia de menores, mas neste caso não encontramos um bem jurídico que a representação realista de menor coloque em risco, para além da moral da sociedade, que parece ainda marcar o passo no que à matéria da criminalidade sexual diz respeito. Não encontramos um bem jurídico digno de tutela, mas deparamo-nos com um flagrante desrespeito por vários princípios, entre os quais princípios com assento constitucional, como o da necessidade e da proporcionalidade.

De todo o modo, devem ser adotadas medidas sociais para prevenir e combater o fenómeno da pedopornografia, de forma a evitar o seu crescimento, por isso deixamos

¹⁰⁸ Secção 10a, Capítulo 6, do Código Penal Sueco.

aqui um apelo à sensibilização da comunidade, no sentido de melhorar as condições de desenvolvimento dos mais desprotegidos, bem como um apelo às entidades com competência de proteção da infância e da juventude, para que haja uma ponderada subsunção do factos à lei, para que não se perca tempo na perseguição de aparentes ilícitos criminais e se percam de vista aqueles que realmente importam. Devemos igualmente apelar ao apoio fundamental que os ISP poderão ter nesta sede, uma vez que as NTIC têm facilitado a prática de pornografia de menores, não só por fornecerem meios de produção e difusão de materiais pornográficos, mas principalmente por favorecerem o anonimato dos agentes que praticam este crime. Somente com o contributo destas várias entidades é que se alcançará esta meta.

Findo o nosso estudo, terminamos esta dissertação com o sentimento de missão cumprida e de que para o tratamento destas questões demos o nosso humilde contributo que, porventura, esperemos que possa um dia influenciar um avanço doutrinal no nosso país.

Bibliografia

- ALBERGARIA, P. S. & LIMA, P. M. (2010). O crime de detenção de pseudopornografia infantil – Evolução ou involução?. *Revista Julgar*, n.º 12, pp. 195-220.
- 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.
- ALFAIATE, A.R. (2009). *A relevância penal da sexualidade dos menores*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ANDRADE, M.C. (2004). *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ANTUNES, M.J. (2010). Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual. *Revista Julgar*, n.º 12, pp. 153-161.
- ANTUNES, M. J. (2005). Crimes contra menores: Incriminações para além da liberdade e da autodeterminação sexual. *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXXI, pp. 57-71.
- ANTUNES, M.J. & SANTOS, C. (2012). Anotação ao artigo 176º. In Dias, J.F. *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte Especial*, pp. 878-886. Coimbra: Coimbra Editora.
- BELEZA, T.P. (1995). A regulação jurídica da sexualidade no Código Penal: Da laicização dos “bons costumes” à ortodoxia da “liberdade”. In Neves, L.V., Simões, A.O. & D. Monteiro. *Estudos comemorativos do 150.º aniversário do Tribunal da Boa-Hora*, pp. 169-174. Lisboa: Ministério da Justiça.
- BERENGUER, E.O. (2001). *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Madrid: Tirant Lo Blanch.
- CADOPPI, A. (2006). *Commentario della norme contro la violenza sessuale e contra la pedofilia*, 4.ª Edição. Padova: CEDAM.
- CANOTILHO, J.J. & MOREIRA, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa anotada*, 4.ª Edição, vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora.
- CARMO, R., ALBERTO, I. & GUERRA, P. (2006). *O abuso sexual de menores – uma conversa sobre justiça entre o direito e a psicologia*, 2.ª Edição. Coimbra: Almedina.
- CARVALHO, A.T. (2011). *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais – Teoria geral do crime*, 2.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- COCCO, G. (2006). Può costituire reato la detenzione di pornografia infantile?. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, no. 3, pp. 863-890.
- CUNHA, M.C.F. (1995). *Constituição e crime, uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora.
- CUNHA, M.C.F. (2003). Crimes sexuais contra crianças e jovens. In Sottomayor, M.C. (coord.). *Cuidar da justiça de crianças e jovens – A função dos juízes sociais – Actas do Encontro*, pp. 189-227. Coimbra: Almedina.
- DIAS, J.F. (1999). *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte Especial*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, J.F. (2007). *Direito Penal – Parte Geral*, 2.ª Edição. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, J.F. (1983). Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. I, pp. 5-40.

DIAS, M.C.S. (2011). Notas substantivas sobre crimes sexuais com vítimas menores de idade. *Revista do CEJ*, n.º 15, pp. 209-260.

FEITOR, S.I. (2013). Caracterização do crime de pornografia de menores. *Rubrica Pontos de Vista*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

GARCIA, M. M. & RIO, J.M.C. (2014). *Código Penal – Parte Geral e Especial*.

Coimbra: Almedina.

GONÇALVES, M. M. (2007). *Código Penal Português – anotado e comentado*, 18.^a Edição. Coimbra: Almedina.

HENRIQUES, M.O.L & SANTOS, M.J.S. (2000). *Código Penal anotado*, 3.^a Edição, vol. II. Lisboa: Rei dos Livros.

HESSICK, C.S. (2011). Disentangling child pornography from child sex abuse. *Washington University Law Review*, vol. 88. Retirado de: http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol88/iss4/2.

LEITE, I.F. (2011). A tutela penal da liberdade sexual. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 1, pp. 29-94.

LEITE, I.F. (2004). *Pedofilia*. Coimbra: Almedina.

LOPES, J.M. & MILHEIRO, T.C. (2015). *Crimes sexuais: Análise substantiva e processual*. Coimbra: Coimbra Editora.

LOPES, J.M. (2008). *Os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual no Código Penal*, 4.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

MACHADO, C. & GONÇALVES, R.A. (2002). *Violência e vítimas de crimes – vol. 2 – Crianças*. Coimbra: Quarteto Editora.

MACHADO, J.E.M. (2002). *Liberdade de expressão: Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora.

MAGRIÇO, M.A. (2013). *A exploração sexual de crianças no ciberespaço – Aquisição e valoração de prova forense de natureza digital*. Óbidos: Sinapsis Editores.

OST, S. (2009). *Child pornography and sexual grooming – Legal and societal responses*. Cambridge: Cambridge University Press.

PATTO, P.V. (2010). Pornografia infantil virtual. *Revista Julgar*, n.º 12, pp. 184-194.

RODRIGUES, A.P. (2011). Pornografia de menores: Novos desafios na investigação e recolha de prova digital. *Revista do CEJ*, n.º 15, pp. 261-291.

RUSSEL, D.E.H. & PURCELL, N.J. (2006). Exposure to pornography as a cause of child sexual victimization. *Handbook of children, culture and violence*, Sage Publishing., pp. 59-84.

SIMÕES, J.A., PONTE, C., FERREIRA, E., DORETTO, J. & AZEVEDO, C. (2015). *Net children go mobile – Crianças e meios digitais móveis em Portugal: Resultados nacionais do projeto Net Children Go Mobile*. Retirado de: https://netchildrengomobile.files.wordpress.com/2015/02/ncgm_pt_relatorio1.pdf.

SOTTOMAYOR, M.C. (2014). *Temas de direito das crianças*. Coimbra: Almedina.

TAYLOR, M., QUAYLE, E. & HOLLAND, G. (s.d.). Child pornography, the Internet and offending. *The Canadian Journal of Policy Research*, n.º 2, pp. 94-100.

TORRÃO, F. (1995). A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais (mudança de paradigma no novo Código Penal). *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXI, pp. 545-570.

WOLAK, J., FINKELHOR, D. & MITCHELL, K. J. (s.d.). *Online “predators” and their victims – Myths, realities, and implications for prevention and treatment*. Retirado de: <http://www.apa.org/pubs/journals/releases/amp-632111.pdf>.

Jurisprudência

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12-10-2011 (Relator: Armindo Monteiro), Proc. n.º 4/10.5GBFAR.E1.S1. Disponível em: www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 12-10-2011 (Relator: António João Latas), Proc. n.º 2290/10.1TASTB-A.E1. Disponível em: www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 02-04-2014 (Relator: Belmiro Andrade), Proc. n.º 347/08.8JACBR.C1. Disponível em: www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 03-12-2014 (Relator: Artur Oliveira), Proc. n.º 4190/11.9TAGDM.P1. Disponível em: www.dgsi.pt.

Acórdão da Relação de Évora, de 17-03-2015 (Relator: Carlos Jorge Berguete), Proc. n.º 524/13.0JDLSB.E1. Disponível em: www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15-12-2015 (Relator: Ana Sebastião), Proc. n.º 3147/08.JFLSB.L1-5. Disponível em: www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 07-06-2017 (Relator: Cravo Roxo), Proc. n.º 481/14.5JABRG.P1. Disponível em: www.dgsi.pt.

Case *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, Supreme Court of the United States, 2002. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/535/234/case.html>.

Caso *United States v. Williams*, Supreme Court of the United States, 2008. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/553/285/>.

**Medida de Segurança de Internamento: O Limite Máximo de
Duração**

**A problemática da possível perpetuidade da medida no caso
previsto pelo art. 92º/3 CP**

Inês Alexandra Magno Rodrigues Coutinho

Sob a orientação da Professora Doutora Elisabete Ferreira

Aos meus Pais.

“It’s very easy: if you put people in inhuman conditions, in confined conditions, they become less human”.

Ladislav Lamza

Agradecimentos

A realização deste trabalho não seria possível sem o contributo de várias pessoas às quais estou muito grata. Agradeço:

À minha orientadora, a Professora Doutora Elisabete Ferreira, pelas indicações valiosas que tornaram, sem dúvida, este trabalho melhor.

Aos meus pais, por me ajudarem a abrir as portas de que precisei para chegar aqui, pelo apoio incondicional, pelo exemplo de humanidade, de perseverança e resiliência.

À minha avó, Magnífica, por todo o carinho.

Ao Francisco, por acreditar infinitamente em mim, pelo impulso nos momentos de impasse e pela paciência nos momentos de frustração.

Ao Dr. Hernâni Vieira, pela disponibilidade para prestar os esclarecimentos de que necessitei.

Agradeço, por fim, à Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, por todo o conhecimento proporcionado ao longo destes anos.

Resumo

A medida de segurança de internamento está prevista no Código Penal, no art. 31º. Esta medida aplica-se a inimputáveis que tenham praticado um facto ilícito típico e sejam perigosos. Visa-se, com a aplicação desta medida, o tratamento e ressocialização do indivíduo, mas também a proteção de bens jurídicos comunitários.

O art. 30º/1 CRP determina a proibição de penas ou medidas perpétuas; no entanto, o art. 30º/2 permite que, no caso das medidas de segurança, haja prorrogações sucessivas. Como consequência, por regra, este internamento não poderá ultrapassar o máximo previsto para a pena a aplicar àquele crime (92º/2). Contudo, o art. 92º/3 CP determina os casos em que a medida poderá ser prorrogada por períodos sucessivos de dois anos. Deste modo, estarão em causa medidas tendencialmente perpétuas, o que levantará muitas questões do ponto de vista da constitucionalidade, da violação de princípios do Estado de direito e do próprio texto constitucional.

Palavras-chave: inimputabilidade, medida de segurança, internamento, perpetuidade, constitucionalidade.

Abstract

The security measure of internment is determined in article 31 of the Portuguese Penal Code. This measure is applied to unimputables who have perpetrated a typically illicit fact and are considered dangerous. The aim of this interment is the treatment and resocialization of the agent, but also the protection of fundamental legal assets.

Article 30/1 of the Portuguese Constitution forbids life penalties and interments, although no. 2 of the same article determines that internment can be extended. Internment cannot, therefore, exceed the maximum limit of the prison time corresponding to the type of crime committed by the unimputable.

Yet, art. 92/3 allows internment prorogation for successive periods of two years. Thus, in this case, we could be facing life time interments raising many questions regarding constitutionality given the violation of both fundamental rights and the constitutional text.

Keywords: Unimputability, security measure, internment, life-time penalty, constitutionality

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Art.	Artigo
Cap.	Capítulo
CC	Código Civil
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CEP	Código de execução de penas e medidas de segurança
CP	Código Penal
CPP	Código do Processo Penal
CRB	Constituição da República Brasileira
CRP	Constituição da República Portuguesa
LSM	Lei de Saúde Mental
MP	Ministério Público
PRI	Pena Relativamente Indeterminada
ss.	Seguintes
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Supremo tribunal de Justiça
STJB	Superior Tribunal de Justiça do Brasil
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TRE	Tribunal da Relação de Évora

ÍNDICE

Introdução	8
Capítulo 1 – Evolução histórica	9
1.1 Perspetiva geral	9
1.2 Em Portugal	11
Capítulo 2 – Medida de segurança: Aspetos fundamentais	13
2.1 Princípios fundamentais e a sua aplicação às medidas de segurança	13
2.1.1 Princípio da legalidade	13
2.1.2 Princípio da proibição da retroatividade da lei penal	15
2.1.3 Princípio da perigosidade	16
2.1.4 Princípio do ilícito típico	18
2.1.5 Princípio da proporcionalidade	18
2.1.6 Princípio da judicialidade	20
2.1.7 Princípio da proibição de penas/medidas indeterminadas	21
2.2 As Finalidades das medidas de segurança	21
2.2.1 A prevenção especial	21
2.2.2 A prevenção geral?	22
Capítulo 3 – A medida de segurança de Internamento e a lei	24
3.1 Pressupostos de aplicação da medida de segurança	24
3.1.1 O facto ilícito	24
3.1.2 A inimputabilidade do agente	26
3.1.3 A perigosidade do agente	29
3.2 Os limites temporais da medida de segurança	30
3.2.1 O limite mínimo	30
3.2.2 O limite máximo	32
3.3 A medida de segurança de internamento e a LSM	34
Capítulo IV – Medida de segurança perpétua?	37
4.1 A questão constitucional	37
4.2 O nosso contributo	41
Conclusão	45
Anexo	47
Bibliografia	50

Introdução

O CP determina, a par das penas, uma outra resposta criminal: as medidas de segurança. Estas medidas destinam-se, por regra, a inimputáveis que pratiquem factos ilícitos típicos, baseando-se estas na perigosidade do agente. Diferentemente da pena, aqui não está subjacente a ideia de culpa, dada a interferência que a anomalia psíquica exerça nas capacidades intelectual, volitiva e emocional do indivíduo.

Neste trabalho centrar-nos-emos na medida de segurança de internamento de inimputável, que se traduz na medida de segurança mais restritiva de todas, uma vez que implica a privação da liberdade do indivíduo.

Propomo-nos realizar uma análise a este instituto de forma geral, para depois nos podermos centrar na problemática que consideramos levantar várias questões, que se prendem especificamente com o limite máximo das medidas de segurança de internamento, especialmente nos casos previstos no art. 92º/3 CP. Este artigo determina os casos em que poderá o internamento ser prorrogado por períodos de dois anos, mesmo depois de ultrapassado o seu limite máximo. Questionamo-nos se estas prorrogações sucessivas não levarão a uma medida tendencialmente perpétua que a CRP explicitamente proíbe (30º/1 CP).

Deste modo, iniciaremos o estudo das medidas de segurança pela evolução histórica que consideramos essencial para compreender o ponto atual da situação, traçando em primeiro lugar a evolução geral da resposta do sistema jurídico ao facto ilícito praticado por portador de anomalia psíquica. Depois, centrar-nos-emos na evolução legislativa portuguesa.

No cap. II focar-nos-emos nas questões essenciais associadas a estas medidas, nomeadamente os princípios fundamentais que devem conformar a sua aplicação e execução, e trataremos ainda das finalidades que deverão ser prosseguidas pelas medidas de segurança.

No cap. III abordaremos as questões do regime jurídico do Código Penal a que está subordinada a aplicação das medidas de segurança, começando por analisar os pressupostos de que depende a sua aplicação, passando depois para a análise dos limites temporais máximos e mínimos e, por fim, da relação desta com a LSM.

Por último, no cap. IV entraremos no cerne da questão que pretendemos evidenciar. Discutiremos, em primeiro lugar, a questão da constitucionalidade do art. 92º/3 CP e, por fim, tentaremos aproximar-nos de uma solução possível para a problemática associada ao limite máximo.

1 – Evolução histórica

1.1 Perspetiva geral

O Direito Penal sofreu alterações ao longo dos séculos resultantes de diversas condicionantes políticas, religiosas, culturais, sociais e económicas que se fizeram sentir nos diferentes momentos históricos¹.

Com efeito, o tratamento jurídico-penal da situação de indivíduos portadores de anomalia psíquica e perpetradores de factos ilícitos foi-se alterando e evoluindo consoante as crenças dominantes nas distintas épocas.

Com o iluminismo, o paradigma instituído baseava-se na ideia de cidadão livre e no princípio da responsabilidade moral da Declaração dos Direitos do Homem de 1789². Assim, a escola clássica assentava a sua ideologia na ideia de livre-arbítrio, do cidadão livre de tomar as suas decisões, conformando-as de acordo com a consciência moral³. A atuação contrária à consciência moral acarretava consigo a consequência da retribuição ético-jurídica que corresponderia à pena justa, conforme a gravidade do ilícito praticado e a culpa do agente. Contudo, sem considerações de prevenção geral, de proteção da sociedade, uma vez que, segundo os defensores desta escola, estas levavam à instrumentalização do homem⁴.

Esta corrente vê o delinquente como um Homem normal e o crime como algo contingente⁵. Assim, o doente mental era estranho ao direito penal, atendendo a que este não gozava das “luzes da razão”⁶, sendo incapaz de culpa e o ato por si praticado irrelevante penalmente.

No sentido oposto à teoria clássica surge a teoria positivista, assente em pressupostos deterministas, que nega o livre arbítrio, e segundo a qual o crime era um fenómeno natural e necessário, resultante de causas físicas, antropológicas e sociais⁷.

Lombroso afirmava que o delinquente era um doente. Já Ferri e Garofalo colocavam o enfoque em fatores psicológicos e sociais, ao contrário de Lombroso, que se baseava em fatores antropológicos. Sendo que todos partilhavam a ideia de tratamento do delinquente ou, caso tal não fosse possível, de inocuização deste⁸.

Assim, os inimputáveis eram também considerados sujeitos de direito penal.

Para esta Escola, o facto tinha apenas valor sintomático de uma personalidade perigosa, mas não era de valorizar para aplicação da medida, pois o fundamento desta

¹ Carvalho, 2011, pp. 17 e ss.

² Antunes, 2003, p. 34.

³ Carvalho, 2011, p. 33.

⁴ Carvalho, 2011, p. 34.

⁵ Antunes, 2002, p. 60.

⁶ Chaveau & Hélie, 1845, *apud* Antunes, 2002, p. 51.

⁷ Carvalho, 2011, p. 69.

⁸ Carvalho, 2011, p. 38.

era a perigosidade do agente e não a prática do facto ilícito. Relevantes eram as tipologias de criminosos e não os tipos de factos⁹.

Os positivistas, argumentando contra o paradigma da responsabilidade moral da Escola clássica, alegavam que, não podendo a justiça penal abranger os inimputáveis, não apresentava uma resposta para este grupo de sujeitos, que seriam dos mais perigosos da sociedade¹⁰; ou poderia dar-se também o efeito perverso de os tribunais lhes aplicarem uma pena considerando-os responsáveis, apesar de se tratar de uma sanção desadequada e injusta¹¹.

Em rigor, e levando ao extremo os ideários positivistas, a distinção entre imputável e inimputável não faria sentido, pois o crime seria sintoma de personalidade perigosa¹².

A Escola positivista, apesar de não ter vingado na sua totalidade, deu um grande contributo para a alteração da forma de pensar sobre os indivíduos inimputáveis. Assim, a própria Escola clássica começou a admitir que o direito penal pudesse incluir estes indivíduos, mas com a distinção entre inimputáveis e imputáveis, sendo inicialmente o internamento de natureza administrativa, aplicado pelo tribunal penal para que se pudessem assegurar as garantias dos indivíduos¹³.

Estas Escolas partilham a consideração de que o facto ilícito é mero desencadeador do internamento e não um pressuposto. Segundo Ferri, o que realmente as distingue é o método utilizado: dedutivo, de lógica abstrata para a Escola clássica, e indutivo e de observação dos factos para a Escola positivista¹⁴.

Valia à data o princípio da atualidade do estado perigoso, não sendo aplicadas as leis da amnistia, o efeito de caso julgado, o princípio da proibição da retroatividade das leis, e o princípio da proibição de excesso, sendo as medidas de segurança imprescritíveis, aceitando-se ainda a existência de medidas de segurança pré-delitais¹⁵.

Ultrapassada a discussão entre as duas Escolas, começam a surgir sistemas que apresentam penas e medidas de segurança. Segundo Robinowicz, foram quatro os fatores que levaram à criação das medidas de segurança: a insuficiência do princípio do livre arbítrio, o aumento da criminalidade em geral, o problema da criminalidade juvenil e a precária organização penitenciária¹⁶.

⁹ Carvalho, 2011, p. 70.

¹⁰ Teixeira, 1935, p. 10.

¹¹ Ferri, 1928, *apud* Antunes, 2002, p. 61.

¹² Antunes, 2002, p. 61.

¹³ Antunes, 2002, p. 83.

¹⁴ Ferri, 1928, *apud* Antunes, 2002, p. 78.

¹⁵ Antunes, 2002, p. 368.

¹⁶ Rabinowicz, 1928, *apud* Teixeira, 1935, p. 11.

Neste sentido, Carlos Stoos foi o primeiro precursor do sistema de dupla via, ao formular no projeto do Código Penal Suíço de 1983 um sistema de medidas de segurança em paralelo com o tradicional sistema das penas¹⁷.

Estava assim aberto o caminho para os sistemas dualistas, com duas soluções criminais diversas.

Atualmente, a tendência é a de aproximação da medida de segurança à pena, demandando para si, em definitivo, a jurisdicionalidade. Alterando-se o paradigma do facto como elemento desencadeador para o facto como pressuposto, contribui-se para submeter as medidas de segurança às mesmas garantias das penas¹⁸. Impõem-se os princípios da tipicidade, da proporcionalidade, da proibição da retroatividade das normas penais incriminadoras e da retroatividade da lei mais favorável, da fixação de um prazo de duração máxima e da proibição de medidas pré-delituais¹⁹, para além da relevante aproximação das finalidades das penas às finalidades medidas de segurança.

Foi ainda abandonada a ideia de que o fator legitimador da medida de segurança é a utilidade social, estando agora o enfoque num critério ético-social de ponderação de interesses²⁰, sendo o princípio da proporcionalidade o limitador da medida de segurança. Nas palavras de Roxin: “só se pode privar da liberdade quando o seu uso [da liberdade] conduza com elevada probabilidade ao prejuízo de terceiros e que na globalidade pese mais do que as restrições que o causador do perigo deve suportar com a medida e segurança”^{21 22}.

1.2 Em Portugal

A evolução jurídica das medidas segurança em Portugal acompanhou em grande parte os desenvolvimentos gerais; no entanto, consideramos relevante uma breve incursão pela evolução legislativa no nosso ordenamento jurídico.

O primeiro lugar onde se alude à questão da inimputabilidade é nas Ordenações Afonsinas, referindo-se nestas: “Se achar que disse mal com bebedice ou sendo desmemoriado ou sandeu deve-o escarmentar de palavra, sem outra pena, pois que o fez estando desapoderado do seu entendimento”²³.

Avançando no tempo e acompanhando as conceções do direito iluminista e do princípio do cidadão livre, o Direito Penal Português afastava por completo os indivíduos

¹⁷ Antunes, 2002, p. 70; Carvalho, 2011, p. 72.

¹⁸ Antunes, 2002, p. 108.

¹⁹ Antunes, 2002, pp. 109 e ss.

²⁰ Antunes, 2003, p. 352.

²¹ Roxin, 1997, p. 105.

²² “Según esto puede privarse de libertad cuando su disfrute conduzca con elevada probabilidad a menoscabos jenos que globalmente pesan más que las restricciones que el causante del peligro debe suportar por la medida de seguridad”.

²³ Ordenações Afonsinas, Livro V, tomo III.

que padecessem de doença mental do seu âmbito. O próprio CP de 1852, no art. 23º, estatuiu: “Somente podem ser criminosos os indivíduos que têm a necessária inteligência e liberdade”²⁴. O ponto central era a prevenção geral negativa, sendo que se previa como única sanção a pena²⁵. Contudo, já neste código eram consagradas medidas como o degredo, o desterro e a vigilância de polícia, que, segundo Figueiredo Dias, “à luz das concepções dogmáticas e político-criminais atuais mal poderiam deixar de ser vistas como medidas de segurança”²⁶, apesar de não serem assim consideradas à data.

O Código Penal de 1886 continuava a prever como sanção única a pena, apesar de agora se basear na ideia de retribuição²⁷, mas já previa o destino a dar aos indivíduos com anomalias psíquicas, ao determinar que estes deveriam ser entregues às suas famílias ou então recolhidos em hospitais de alienados no caso de mania crítica ou de maior perigosidade²⁸.

Assim, é possível concluir que, à data, o facto praticado pelo agente portador de anomalia psíquica era completamente irrelevante e, nas palavras de Maria João Antunes, “a referência a ele tem a finalidade exclusiva e inconsequente de integrar o comportamento num tipo legal de crime ou delito, com isto se visando exclusivamente afirmar a tipicidade da atuação”²⁹. Deste modo, estes indivíduos eram irresponsáveis penalmente e as medidas tomadas visavam apenas a cura do agente e a defesa da comunidade mediante o seu afastamento³⁰.

As críticas apontadas à responsabilidade moral começaram também a surgir em Portugal. Assim, e até chegarmos efetivamente a um sistema como o de hoje, surgem várias aproximações, decorrentes da Carta de lei de 21 de Abril de 1892, da Lei 3 de Abril de 1986 e da Lei 20 de Julho de 1912.

O Direito Português não seguiu uma conceção positivista demasiado centrada no delinquente, mas procedeu ao alargamento da teoria clássica devido à inadequação da pena.

A Constituição política de 1933 consagra expressamente as medidas de segurança e, consequentemente, a reforma prisional de 1936 cria os manicómios criminais especificamente com a finalidade do cumprimento das medidas de segurança³¹.

Efetivamente, a reforma prisional de 1936 é a primeira pedra para a edificação de um sistema de dupla via como o conhecemos hoje, com um sistema de medidas de segurança a par das penas. Medidas estas aplicadas não só a indivíduos considerados

²⁴ Antunes, 2002, p. 141.

²⁵ Assim, Dias, 2005, p. 415.

²⁶ Dias, 2005, p. 41.

²⁷ Dias, 2005, p. 415.

²⁸ Antunes, 2002, p. 145.

²⁹ Antunes, 2002, p. 146.

³⁰ Antunes, 2002, p. 146.

³¹ Antunes, 2002, p. 149.

inimputáveis, mas também a mendigos, vadios e equiparados. Realmente original nesta reforma é o regime consagrado especificamente para imputáveis perigosos, aos quais seria aplicada uma pena (note-se que não uma medida de segurança), mas que poderia ser prorrogada indefinidamente, criando assim Beza dos Santos o chamado monismo prático, de modo a obviar às críticas atribuídas a um sistema de aplicação simultânea de medidas e penas³².

A reforma de 1972 traduziu uma maior alteração, pois, apesar de determinar um máximo de dois períodos sucessivos de prorrogações, estatuiu que o agente poderia ser internado em manicómio criminal, no caso de se ter alcançado o limite máximo de prorrogações, se se mantivesse a sua perigosidade³³.

Operou-se depois uma importante alteração, resultante da passagem do Direito Penal do autor para o Direito Penal do facto. A reforma de 1983 prescreveu o princípio do facto típico, sendo o facto considerado não só como pressuposto de aplicação da medida, mas também para declaração de inimputabilidade³⁴. Por conseguinte, foram afastadas as medidas de segurança pré-delitais.

Confirmando ainda esta ideia, o Decreto-lei de 48/95 elucida que o internamento depende da prática de um facto ilícito típico e não de um facto descrito num tipo legal de crime. Para além de afirmar o princípio da proporcionalidade, este decreto-lei determina ainda a prevenção geral como uma das finalidades da medida de segurança e, ainda, a duração mínima de internamento, nos casos de crimes contra as pessoas ou crimes de perigo comum punidos com pena de prisão superior a 5 anos³⁵. Começam também a aplicar-se às medidas de segurança os efeitos da amnistia e da prescrição.

II – Medida de segurança: Aspetos fundamentais

2.1 Princípios fundamentais e a sua aplicação às medidas de segurança

2.1.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade é fundamental e constitucionalmente consagrado na CRP, no art. 29º/1, e no CP, no art. 1º.

A fundamentação do princípio da legalidade baseia-se na ideia de que o Estado de Direito não deve apenas proteger o indivíduo recorrendo ao Direito Penal, mas deve igualmente proteger o indivíduo do próprio Direito Penal. Por conseguinte, este

³² Antunes, 2002, p. 152; Dias, 2012, p. 105.

³³ Antunes, 2002, p. 417.

³⁴ Antunes, 2002, p. 159.

³⁵ Antunes, 2002, pp. 160-161.

princípio visa defender o particular do poder punitivo do Estado, assegurando que a atuação deste não seja indiscriminada e arbitrária³⁶.

O princípio da legalidade era inicialmente dirigido unicamente às penas, atendendo às concepções paternalistas quanto às medidas de segurança, direcionadas somente para resolver a perigosidade do agente, vendo o facto como mero sintoma. Desta forma, entendia-se que a medida a aplicar seria sempre para o bem maior do agente e, assim, desde que a medida se achasse adequada para executar a finalidade de tratamento e, claro, também para afastar o indivíduo da sociedade, não era relevante o princípio da legalidade³⁷.

Mais tarde, com a tomada de consciência de que os indivíduos que padecem de doença mental devem também eles ser titulares de direitos, liberdades e garantias, consagra-se o princípio da legalidade no âmbito das medidas de segurança com o mesmo fundamento de proteção do indivíduo do poder Estadual, estando hoje expressamente previsto na CRP e no CP (art. 29º/1 CRP e 1º/2 CP).

O elemento constitutivo essencial do princípio da legalidade traduz-se no desígnio de que não há crime sem lei (*nullum crimen sine lege*) nem há pena sem lei (*nullum poena sine lege*). Claro que a pena, aqui, é entendida no sentido de sanção criminal, de modo a que também se inclua a medida de segurança³⁸.

O princípio de que não há crime sem lei significa que, por mais reprovável ou nociva que uma conduta possa ser, o Estado só poderá puni-la se anteriormente houver uma lei a criminalizar tal conduta. Por sua vez, o princípio *nullum poena sine lege* significa que não poderá ser aplicada uma sanção criminal sem lei anterior que a preveja³⁹.

Deste princípio decorrem vários efeitos, como a proibição da analogia, proibição de lei não escrita, proibição da retroatividade desfavorável da lei e proibição de lei penal indeterminada.

Em primeiro lugar, e num momento inicial de criação da lei, a definição do crime, dos seus pressupostos e da pena terá de ser feita através de uma lei formal escrita, emanada pela Assembleia da República ou pelo governo mediante autorização da primeira, delegando a sua competência (art. 165º/1 c) e art. 165º/2 CRP). Decorre, assim, que só a lei formal poderá determinar as medidas de segurança e pressupostos da perigosidade (art. 1º/2 CP, 29º/1/3 CRP).

Para além da exigência de lei em sentido formal, exige-se ainda que a lei penal seja determinável e que, para tal, descreva de forma clara as condutas criminalizadas e os

³⁶ Roxin, 1997, p. 137.

³⁷ Dias, 2012, p. 182.

³⁸ Dias, 2012, p. 182.

³⁹ Dias, 2012, pp. 137 a 139.

pressupostos da aplicação de uma sanção. Mais, apesar da possibilidade de recurso a conceitos indeterminados e normativos, a sua utilização deverá ser reduzida ao mínimo indispensável, não podendo impedir a determinabilidade das condutas e seus pressupostos⁴⁰.

Decorre ainda do princípio da legalidade a proibição da analogia. O recurso a analogia resulta de situações de lacuna de direito ou da lei, pretendendo-se a aplicação de determinada norma jurídica a um caso concreto que não é regulado pela lei, recorrendo-se a argumentos de semelhança e aplicando-se a lei a casos aparentemente análogos⁴¹. Este modo de integração de lacunas resulta do art. 10º do CC e é utilizado em vários ramos do Direito; no entanto, no que concerne especificamente ao Direito Penal, esta está proibida sempre que seja utilizada contra o indivíduo, agravando a sua situação. Conclusão que resulta dos art. 29º da CRP e o art. 1º/3 do CP, que determinam que a analogia não pode levar à qualificação do crime e, especificamente no caso das medidas de segurança, não se poderá determinar, por recurso à analogia, os pressupostos para o estado de perigosidade nem as próprias medidas de segurança. No entanto, atendendo a que o fundamento do princípio da legalidade é a defesa do indivíduo do *ius puniendi* do Estado, se a analogia for favorável ao agente, o princípio não será colocado em causa⁴².

2.1.2 Princípio da proibição da retroatividade da lei penal

Como já dissemos anteriormente, a proibição da retroatividade da lei penal é reflexa do princípio da legalidade consagrado no art. 29º/4 CRP e no art. 2º CP. Mas, dadas algumas especificidades, optámos por automatizar este princípio.

A proibição da retroatividade da lei visa impedir que uma lei criminalizadora ou agravante posterior ao facto ilícito seja aplicada retroativamente ao autor do facto⁴³. De notar que esta proibição atua em benefício dos indivíduos e, assim, refere-se apenas a leis desfavoráveis. No caso de ser benéfica, será de se aplicar retroativamente ao agente, valendo o princípio da aplicação da lei mais favorável⁴⁴, princípio este consagrado expressamente na CRP, no art. 29º/4, e no art. 2º/4 do CP, que estatui que “é sempre aplicado o regime que concretamente se mostrar mais favorável ao agente”. Como afirma Taipa de Carvalho, “se o legislador entende que uma pena menos grave e, portanto, menos limitadora dos direitos fundamentais, máxima da liberdade, é suficiente para realizar as funções político-criminais da prevenção geral (de integração e de intimidação) e de prevenção especial (também de integração e intimidação do delinquente) então esta

⁴⁰ Carvalho, 2011, p. 156 e 157.

⁴¹ Carvalho, 2011, p. 165.

⁴² Carvalho, 2011, p. 168.

⁴³ Dias, 2012, p. 193.

⁴⁴ Dias, 2012, p. 198.

terá de aplicar-se retroativamente”⁴⁵.

No que concerne às medidas de segurança, apesar de hoje em dia ser claro e legalmente expresso na CRP, no art. 29º/3/4, e no CP, no art. 2º/1, que este princípio também as abrange, nem sempre foi assim. Inicialmente, o princípio era o da aplicação imediata da lei, alegando-se, para tanto, que o facto não seria relevante, sendo apenas sintoma da necessidade de tratamento, e, estando o enfoque na perigosidade do agente e não apresentando o estado perigoso um momento certo mas tendencialmente contínuo, então a lei a aplicar seria a atual⁴⁶.

Maria João Antunes levanta a este propósito uma questão muito relevante para a determinação da lei a aplicar, e que se prende com o requisito da perigosidade criminal.

A autora explica que, no âmbito da medida de segurança, existem momentos distintos para o preenchimento dos pressupostos em que se baseia o internamento do agente: o momento da prática do facto, por um lado, e o momento do preenchimento do requisito da avaliação da perigosidade do agente, por outro. Considera a autora que a medida de segurança a aplicar se determina pela lei vigente no momento da averiguação da perigosidade, ainda que a lei vigente no momento da prática do facto ilícito típico não determinasse a mesma medida⁴⁷, desde que não desfavorável para o agente.

2.1.3 Princípio da perigosidade

Ao contrário das penas, para as quais princípio essencial é o da culpa, no que concerne as medidas de segurança, o princípio da perigosidade é pedra angular.

Começando pelo princípio da culpa, este é subsidiário do princípio da dignidade da pessoa Humana e visa limitar o poder punitivo do Estado (art. 1º, 13º, 25º/1 CRP). Segundo o art. 40º/2 CP, não há pena sem culpa, ou seja, não há responsabilidade penal sem culpa, sendo que a culpa também é limite máximo da pena, não podendo a pena ultrapassar o grau de culpa do agente. Assim, não basta que o agente cometa um facto ilícito típico, é ainda necessário verificar a culpabilidade deste para a aplicação de uma pena⁴⁸, excluindo-se a responsabilidade penal objetiva.

O conceito de culpa estava inicialmente ligado à pena retributiva assente na ideia do livre arbítrio do agente e com a qual se obtinha a expiação da culpa mediante uma medida da pena proporcional a esta. Contudo, hoje em dia, a culpa é instrumento na prevenção especial e geral, não sendo a culpa do agente por si só suficiente para a aplicação de uma pena⁴⁹, sendo ainda necessário ter em conta a ponderação das

⁴⁵ Carvalho, 2008, p. 133.

⁴⁶ Antunes, 2002, p. 180.

⁴⁷ Antunes, 2002, pp. 182 e 183.

⁴⁸ Carvalho, 2011, p. 457.

⁴⁹ Dias, 2005, p. 73.

necessidades de prevenção geral e especial⁵⁰.

Segundo Figueiredo Dias, a “culpa é censurabilidade do comportamento humano, por o culpado ter querido atuar contra o dever quando podia ter querido atuar de acordo com ele”⁵¹. Segundo este autor, a culpa tem uma dupla perspetiva: por um lado, o conceito funcional da pena⁵²e, por outro, o de culpa ética. A primeira aceção prende-se com a limitação da intervenção estatal e proteção da eminente dignidade da pessoa e a segunda com a violação, por parte do indivíduo, do dever originário e essencial de realização e desenvolvimento do ser-livre⁵³, concluindo então o jurista que a culpa é “ter que responder pelas qualidades pessoais – juridicamente censuráveis – que se exprimem no concreto ilícito típico”⁵⁴.

Quanto à medida de segurança, não sendo o indivíduo capaz de avaliar a ilicitude da sua conduta e/ou de determinar a sua atuação em conformidade, o grau de culpabilidade⁵⁵ do agente não poderá ser pressuposto nem limitação da medida de segurança, considerando-se o agente inimputável (art. 20º CP). Deste modo, surge o princípio da perigosidade. O princípio da perigosidade, necessário para aplicação de medidas de segurança privativas e não privativas da liberdade, assenta na avaliação da probabilidade de o indivíduo cometer novos factos ilícitos⁵⁶. Problemática será, na prática, a realização do juízo de prognose póstuma que a avaliação da perigosidade do agente pressupõe. Como afirma Figueiredo Dias, será necessária a intervenção das ciências humanas, uma vez que se entra no campo da previsibilidade e determinabilidade do comportamento humano⁵⁷. Assim, para a avaliação da perigosidade do agente será necessário proceder a uma perícia sobre a personalidade (arts. 159º e 160º CPP).

É necessário referir que a avaliação da perigosidade também tem as suas limitações, e nem sempre o perito será capaz de corresponder ao que o tribunal pretende. Assim, segundo Fernando Vieira, esta prognose só é válida por curtos períodos de tempo, restringindo-se à prática de factos concretos e num ambiente concreto⁵⁸.

A probabilidade da prática de novos factos ilícitos é um pressuposto, mas também está associada à finalidade última da medida de segurança, que será a cessação da perigosidade. Não existindo perigosidade, já não fará sentido, por regra, o início ou continuação da medida de segurança de internamento. Por conseguinte, a averiguação da perigosidade dever ser realizada o mais tarde possível. Reforçando esta ideia, o art.

⁵⁰ Note-se que a culpa é limite máximo da pena mas não é limite mínimo, podendo assim haver culpa e não haver pena, mas nunca poderá haver pena sem culpa. Carvalho, 2011, p. 63.

⁵¹ Dias, 1995, p. 22.

⁵² Contra a ideia de funcionalização da culpa, Albuquerque, 1994, pp. 82 e ss.

⁵³ Dias, 2012, p. 276.

⁵⁴ Dias, 2012, p. 528.

⁵⁵ O grau de culpabilidade não pode ser pressuposto porque não há culpa por inexistir capacidade de culpa.

⁵⁶ Dias, 2005, p. 440.

⁵⁷ Dias, 2005, p. 443.

⁵⁸ Vieira, 2002, p. 96.

96º CP determina que, se entre a decisão que o decretou e o início da sua execução já tiverem decorrido três ou mais anos, será necessário apreciar os pressupostos de que dependeu o internamento (art. 504º CPP). Estará aqui subjacente a ideia de que, decorridos estes três anos, a perigosidade pode já ter cessado e, por conseguinte, já não será necessário o cumprimento da medida de segurança. Caso já não seja necessária, então, a medida será extinta; se se considerar que ainda é necessária, inicia-se a sua execução e, por fim, se se entender que as finalidades podem ser atingidas em liberdade, então, suspende-se a medida de segurança de internamento (art. 98º CP).

2.1.4 Princípio do ilícito típico

Como referimos anteriormente, na evolução histórica, o facto praticado pelo indivíduo portador de anomalia psíquica tinha, inicialmente, apenas valor de sintoma da necessidade de tratamento. O paradigma alterou-se e, hoje, vigora também no que respeita às medidas de segurança o princípio do ilícito típico.

Assim, este postulado implica que para a aplicação de medidas de segurança, tal como no caso da aplicação de penas, seja necessário o preenchimento de um tipo legal de crime (art. 91º/1 CP).

A dúvida que hoje persiste é a de saber se, quanto à medida de segurança, este ilícito-típico tem o mesmo conteúdo dogmático que o facto do imputável, ou seja, se será necessária a verificação do tipo objetivo de ilícito e do tipo subjetivo de ilícito e, ainda, se serão necessários outros elementos específicos adicionais⁵⁹.

De notar que, apesar do valor que o facto hoje apresenta, ele não será apenas pressuposto e limite da aplicação da medida de segurança, mas também elemento indiciador da perigosidade do agente.

Da obrigação da verificação de um ilícito típico resulta, ainda, a proibição de medidas de segurança pré-delituais, medidas estas aplicadas apenas em função da perigosidade do agente, sem que este tivesse praticado nenhum facto ilícito. O que era realmente danoso, na medida em que se aplicava uma sanção grave sem que, na realidade, tivesse sido causado algum dano a bens jurídicos⁶⁰.

2.1.5 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade resulta do princípio do Estado de Direito e é conformador das penas e das medidas de segurança, assumindo no âmbito das segundas uma ainda maior relevância.

O princípio da proporcionalidade desdobra-se nos seguintes princípios: o da

⁵⁹ Dias, 2005, p. 439.

⁶⁰ Antunes, 2005, p. 112.

subsidiariedade, o da necessidade e o da proibição do excesso.

O princípio da necessidade resulta do art. 18º/2 da CRP e, segundo este, só será legítima a restrição de direitos na medida estritamente necessária para assegurar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. O juiz deverá averiguar se determinada medida é adequada ao cumprimento das finalidades da medida a cumprir – princípio da adequação⁶¹.

Quanto ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, o juiz deverá ponderar se, apesar de a medida ser necessária e adequada, não será desajustada face ao ilícito praticado e à perigosidade do agente.

A proibição do excesso impõe que haja uma ponderação de interesses para a aplicação da medida de segurança. Consequentemente, se resultar desta ponderação que os danos que eventualmente poderão ser causados pelo indivíduo serão inferiores ao dano causado pela aplicação da medida de segurança, então não se justificará nem poderá ser aplicada a medida. *A contrario*, se o dano sofrido pela comunidade for superior àquele que a medida causará no indivíduo, então esta deverá ser aplicada^{62 63}.

Note-se que, uma vez que existem valores fundamentais conflitantes, tornar-se-á necessário harmonizá-los, de modo a que não haja uma exagerada compressão de um direito em função da realização de outro. Daqui resulta o princípio da menor intervenção possível e, assim sendo, deverá ser escolhida, do leque de medidas, aquela que menos restringir os direitos do indivíduo, sendo as medidas privativas da liberdade de aplicação subsidiária, apenas aplicadas nas situações em que as medidas não privativas da liberdade se afiguram insuficientes para a realização das finalidades das medidas (art. 30º/2 CRP)⁶⁴.

O art. 40º/3 CP determina que “a medida de segurança só pode ser aplicada se for proporcionada à gravidade do facto e à perigosidade do agente”. Neste aspeto, temos claramente presente uma aproximação às penas, uma vez que é dada uma grande relevância ao facto praticado pelo agente, tal como sucede nestas.

Destarte, para a determinação da medida a aplicar e da sua duração, deverá o julgador tomar em consideração o facto ilícito praticado e também a perigosidade do agente, cumprindo o princípio da proporcionalidade, no âmbito das medidas de segurança, uma função semelhante à protagonizada pela culpa em matéria de penas⁶⁵, limitadora do poder estadual, impedindo a aplicação de medidas de segurança desadequadas ao facto e também à perigosidade do agente, resultando, assim, que a

⁶¹ Dias, 2005, p. 448.

⁶² Roxin, 1977, p. 106.

⁶³ Pode-se falar também de uma ponderação mais ampla de vantagens e desvantagens da aplicação da medida.

⁶⁴ Assim, Antunes, 1998, p. 55.

⁶⁵ Jscheck, 1993, p. 77.

legitimação da medida de segurança assenta neste princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

No entanto, Maria João Antunes considera que a medida de segurança deverá ser proporcional apenas à perigosidade do agente, o que levaria a que o princípio da proporcionalidade tivesse em linha de conta a perigosidade do agente e não o facto praticado⁶⁶.

Figueiredo Dias, por seu turno, defende que o critério da proporcionalidade no tocante ao facto ilícito não deve ser pensado na perspectiva do “merecimento” da medida face ao facto, mas de a medida de segurança não se demonstrar desproporcionada face ao ilícito praticado, de modo a obviar à aplicação das medidas de segurança nos casos de gravidade muito diminuída ou, mesmo, bagatelar, afirmando que é quanto à perigosidade da prática de novos factos que deverá ser realizado o “juízo de valor global” da proporcionalidade da medida a aplicar⁶⁷.

Carlota Pizarro de Almeida critica igualmente esta aproximação da medida de segurança à pena com o requisito do art. 40º/3, do facto-ilícito, mas defende a importância da proporcionalidade face à perigosidade; já quanto ao art. 91º/1, entende que a averiguação da gravidade do facto servirá apenas para aferir a perigosidade do agente, contribuindo esta norma para o respeito pelos princípios da proporcionalidade e da intervenção mínima⁶⁸.

Entendemos que o princípio da proporcionalidade será efetivamente da maior relevância no âmbito das medidas de segurança, de modo a evitar a aplicação de medidas excessivas. Acompanhamos neste âmbito a opinião de Figueiredo Dias, devendo a medida aplicada ser proporcional à perigosidade do agente e, simultaneamente, não se mostrar excessiva face ao facto ilícito praticado por aquele.

2.1.6 Princípio da judicialidade

Hoje em dia, é clara a natureza jurisdicional das medidas de segurança, sendo o Tribunal penal responsável pela avaliação e aplicação de medidas de segurança, tendo competência exclusiva. A jurisdição administrativa foi preterida em favor da jurisdição judicial, de modo, também, a que a decisão quanto ao preenchimento dos pressupostos da medida de segurança e aplicação desta fosse submetida às garantias processuais inerentes ao processo penal, estendendo-se ainda esta competência à execução da medida⁶⁹.

Aliás, inicialmente, a determinação da inimputabilidade do agente era

⁶⁶ Antunes, 2003, p. 357.

⁶⁷ Dias, 2005, p. 451.

⁶⁸ Almeida, 2000, pp. 33 e 34.

⁶⁹ Antunes, 2005, p. 105.

desenvolvida no âmbito de um incidente de alienação mental. Em 1987, o CPP determinou que a determinação da inimputabilidade deveria ser realizada no mesmo processo, de modo a que fosse relacionada a (in)imputabilidade com o facto praticado⁷⁰, reforçando-se mais uma vez a aproximação às penas.

2.1.7 Princípio da proibição de penas/medidas indeterminadas

Resultante dos princípios da legalidade, proporcionalidade e Estado de Direito, o princípio da proibição de penas/medidas indeterminadas é de elevada relevância para este trabalho.

Durante muito tempo, este princípio não era aplicado às medidas de segurança, sendo os internamentos renovados indefinidamente até à “cura” do indivíduo ou, caso tal cura não fosse possível, mantendo o inimputável afastado da sociedade. Hoje em dia, a CRP, no seu art. 30º/1, proíbe não só as penas perpétuas, como também as medidas de segurança perpétuas. No entanto, o n.º 2 do mesmo artigo estatui que o internamento poderá ser prorrogado enquanto se mantiver a perigosidade do agente e o CP, no seu art. 92º/3, permite que o internamento seja prorrogado, nos casos aí prescritos, mediante uma avaliação de dois em dois anos da perigosidade do agente, só cessando a medida quando cessar tal perigosidade.

O que questionamos é se o princípio da proibição de penas e medidas indeterminadas é respeitado quanto às medidas de segurança, uma vez que nas penas este princípio é claramente respeitado, dado o limite máximo de 25 anos não suscetível de qualquer prorrogação. Porém, no caso das medidas, estas prorrogações levantam a dúvida quanto à sua possível perpetuidade.

2.2 As finalidades das medidas de segurança

2.2.1 A prevenção especial

No que concerne às medidas de segurança, a prevenção especial é a finalidade por excelência, sendo que estas medidas estiveram desde sempre associadas a uma ideia de tratamento do indivíduo.

A prevenção especial desdobra-se em prevenção especial positiva, de ressocialização do agente, e negativa, de prevenção da sua reincidência⁷¹.

Assim, com a aplicação de uma medida de segurança pretende alcançar-se a prevenção especial em duas vertentes, a socialização do indivíduo⁷² e a segurança da comunidade, prevenindo a prática de novos factos pelo agente, o que contribuirá para a

⁷⁰ Antunes, 2005, pp. 166 a 168.

⁷¹ Dias, 2011, p. 63.

⁷² Carvalho, 2012, p. 88.

proteção da sociedade, neutralizando o infrator⁷³.

Com efeito, é claro que com o internamento pretende assegurar-se a ressocialização do indivíduo e também, indiretamente, a segurança da sociedade. No entanto, a socialização do indivíduo sobrepõe-se à ideia de segurança, sendo que, segundo Figueiredo Dias, a ideia de segurança só poderá ser individualmente considerada quando medicamente não haja possibilidade de cura do agente⁷⁴.

Abandonada, quanto às penas, a finalidade puramente retributiva, hoje em dia as finalidades destas são preventivas⁷⁵, sendo a prevenção especial também uma das finalidades prosseguidas na atualidade pela pena, como decorre do art. 40º/1 CP, ao estatuir que as penas visam a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente. Neste aspeto, há uma aproximação da pena à medida de segurança com a absorção da prevenção especial pela pena, influenciada pelos ideários da escola positivista, mas também muito por influência da Escola correcionalista, em Portugal ⁷⁶. Segundo esta Escola, a pena será a forma de alcançar a correção do indivíduo, tendo o Estado de assegurar as condições necessárias para que se alcance este efeito, não havendo só responsabilidade individual do infrator, mas também responsabilidade social⁷⁷.

2.2.2 A prevenção geral?

Se a finalidade preventivo-especial é claramente a finalidade por excelência da medida de segurança, no que concerne à prevenção geral, se esta é também uma finalidade prosseguida pelas medidas de segurança, tal como sucede com as penas, já é mais controverso.

A prevenção geral apresenta duas vertentes. A vertente positiva, de reforço de confiança na ordem jurídica, assegurando a consciência comunitária quanto à validade das normas, e com a finalidade de integração, e a vertente negativa, de intimidação da comunidade e de dissuasão de potenciais criminosos⁷⁸.

Quanto à inclusão da finalidade de prevenção geral na execução da medida de segurança, Figueiredo Dias defende que a prevenção geral positiva é também uma das finalidades da medida de segurança, uma finalidade secundária, uma vez que, segundo o autor, considerando que a aplicação de uma medida de segurança implica a prática de um facto ilícito típico, também esta contribuirá para a tutela das expectativas comunitárias. Defende ainda que, exigindo a lei, para a aplicação da medida, que o ilícito praticado seja grave, se demonstra uma vez mais que existem aqui considerações da

⁷³ Carvalho, 2011, p. 76.

⁷⁴ Dias, 2005, p. 455.

⁷⁵ Dias, 2005, p. 78.

⁷⁶ Antunes, 2002, p. 132.

⁷⁷ Carvalho, 2011, pp. 35 e 36.

⁷⁸ Carvalho, 2011, pp. 65 e 66.

proteção de bens jurídicos comunitários e a necessidade de estabilização da comunidade⁷⁹. Desta forma, conclui o jurista que, em termos de finalidade, entre as penas e as medidas de segurança há uma identidade; a diferença assentará na relação entre estas, sendo que, nas penas, “a prevenção geral de integração assume o primeiro e indiscutível lugar, enquanto finalidades de prevenção especial de qualquer espécie atuam só no interior da moldura construída dentro do limite da culpa, mas na base exclusiva daquelas finalidades de prevenção de integração”⁸⁰. Ao invés, no âmbito das medidas de segurança, a “prevenção especial (de socialização e de segurança) assume lugar absolutamente predominante, não ficando todavia excluídas considerações de prevenção geral de integração sob uma forma que, a muitos títulos, se aproxima das (ou mesmo se identifica com as) exigências mínimas de tutela do ordenamento jurídico”⁸¹.

Contrariamente, Maria João Antunes defendeu que a prevenção geral não era uma das finalidades prosseguidas pela medida de segurança, sendo apenas a prevenção especial a finalidade desta medida⁸². No entanto, atualmente, a autora entende que, face ao art. 91º/2 CP, é claro que a prevenção geral é também umas das finalidades prosseguidas pela medida de segurança⁸³. Todavia, continua a advogar que esta não deverá ser uma finalidade atribuída a esta resposta criminal⁸⁴. Considera a autora que apenas nos casos de declaração de inimputabilidade resultante de imputabilidade diminuída, existe, a par da finalidade de prevenção especial, a finalidade de prevenção geral positiva⁸⁵.

Por sua vez, Taipa de Carvalho defende que, neste âmbito, a prevenção geral desempenhará apenas uma função secundária de pacificação social. Contudo, no que diz respeito à prevenção geral positiva, o autor considera que não será prosseguida pela medida de segurança, pois entende que a confiança da comunidade na validade das normas jurídicas e a interiorização de bens jurídicos não são colocadas em causa pela atuação do inimputável, tendo em conta que “a comunidade de imputáveis sabe que o inimputável não é ético-juridicamente motivável pelas normas penais”⁸⁶.

Entendemos que, atualmente, a lei é clara ao acolher a prevenção geral como uma das finalidades das medidas de segurança, e concordamos com esta opção. Efetivamente, o enfoque terá de incidir na prevenção especial, mas a prevenção geral não é alheia a estas medidas. Consideramos ainda que as necessidades de prevenção geral verificar-se-

⁷⁹ Dias, 2005, p. 426.

⁸⁰ Em sentido diferente, Carvalho, 2011, p. 66 e 67, segundo o qual a determinação da medida da pena deve ser orientada prevenção especial sendo condicionada quer pela prevenção geral que constitui limite mínimo, quer pela culpa.

⁸¹ Dias, 2005, p. 429.

⁸² Antunes, 1993, pp. 155 e ss.

⁸³ Antunes, 1998, p. 58.

⁸⁴ Antunes, 2003, p. 356.

⁸⁵ Antunes, 2015, p. 114.

⁸⁶ Carvalho, 2011, pp. 66 e ss.

ão nas suas duas vertentes, positiva e negativa, não acolhendo a posição de Taipa de Carvalho, pois, apesar de o cidadão comum compreender, em parte, que o indivíduo inimputável terá uma diferente apreensão das normas jurídicas, o seu comportamento não deixará de colocar em crise a paz jurídica.

III – A medida de segurança de internamento e a lei

3.1 Pressupostos de aplicação da medida de segurança

Os pressupostos para aplicação da medida de segurança de internamento estão estipulados no art. 91º CP, sendo estes: a prática de um facto ilícito, a inimputabilidade do agente à data da prática do facto, e a perigosidade no momento da aplicação da medida de internamento.

3.1.1 O facto ilícito

A valorização do facto é, como já afirmámos, um grande ponto de viragem no âmbito das medidas de segurança, aproximando-se assim esta medida à pena. O art. 91º CP, ao referir-se ao facto praticado pelo agente inimputável, opta pela expressão “facto ilícito típico”, diferentemente da versão anterior do CP, cuja expressão era “facto descrito num tipo legal de crime”.

A necessidade da prática de um ilícito típico para a aplicação da medida de segurança implicará, então, a transposição do conteúdo dogmático do facto ilícito imputável, com o seu elemento objetivo e subjetivo, para o âmbito da medida de segurança mediante, claro, as correções devidas⁸⁷; ou não será assim?

Figueiredo Dias afirma que o facto do inimputável consubstancia um verdadeiro facto criminoso com todos os elementos que o constituem, excetuando os elementos que integram a culpa⁸⁸. Defende que não há qualquer objecção a este ser um verdadeiro facto ilícito, uma vez que a ilicitude não está relacionada com a atitude interna do agente, que poderá estar afetada pela anomalia psíquica, mas é meramente um “específico sentido de desvalor jurídico-penal que atinge um concreto comportamento numa concreta situação, por referência à necessidade de proteção de bens jurídicos”⁸⁹, defendendo o autor, por este motivo, que “se podem cumprir as exigências de sentido contidas na imputação objetiva (causalidade e potenciação de risco) e subjetiva (representação e vontade de realização do facto, por um lado, violação do objetivo do dever de cuidado, por outro)”.

⁸⁷ Antunes, 2002, pp. 374 e ss.

⁸⁸ Antunes, 2002, p. 467.

⁸⁹ Dias, 2005, p. 460.

Neste sentido, então, também serão de aplicar, neste âmbito, as causas de exclusão da ilicitude⁹⁰, como sejam a legítima defesa e o direito de necessidade.

Como consequência, no que concerne ao dolo e à negligência, o autor considera que, mesmo quanto a um inimputável, será possível a sua verificação como elementos constitutivos do tipo subjetivo de ilícito, apelando o autor ao dolo natural como conhecimento e vontade de realização do tipo objetivo, e à negligência como violação do dever objetivo de cuidado ⁹¹. A questão já será diferente no âmbito do dolo eventual, uma vez que, como refere o jurista, nestes casos será necessário recorrer à atitude interna do arguido, que poderá estar afetada pela anomalia⁹².

Diferentemente, as situações de inexigibilidade, uma vez que se relacionam com a questão da culpa, não relevam neste âmbito. Também no que concerne ao erro sobre a proibição cujo conhecimento seja razoavelmente indispensável para tomar consciência do ilícito, ao erro sobre elementos de um tipo justificador⁹³ ou ao erro sobre uma causa de inexigibilidade, como para este autor atuam ao nível do dolo como tipo de culpa, não aproveitam ao agente inimputável⁹⁴. Pelo contrário, o erro quanto à factualidade típica será de valorar, excluindo o dolo do tipo.

Por fim, o autor defende que, faltando um pressuposto de punibilidade, o dano não atinge “o limiar mínimo da dignidade sancionatória criminal”, sem o qual seria ilegítima e injustificável a aplicação da medida de segurança de internamento⁹⁵, sendo apenas quanto a este elemento que se extravasa o conteúdo do ilícito típico.

De um modo um pouco distinto, e defendendo que não poderá ser aplicada uma medida de segurança a um indivíduo se, na mesma situação (caso fosse imputável), se não pudesse aplicar a pena, Manuel Cortes Rosa entende que as causas de desculpação serão igualmente de aplicar nas medidas de segurança⁹⁶.

Maria João Antunes apresenta um entendimento bastante distinto, defendendo que o facto praticado pelo inimputável não deverá ser um facto ilícito típico, mas sim o “facto do agente declarado inimputável em razão de anomalia psíquica”. Defende a autora, falando do facto presente no art. 20ºCP, referente à declaração de inimputabilidade, que terá de haver um nexo causa-efeito entre a anomalia psíquica do agente e o facto praticado, atendendo-se ao facto em si e não ao momento da prática do facto⁹⁷. Acrescenta que, se assim for, o facto considerado para averiguação da

⁹⁰ Igualmente Antunes, 2002, p. 447.

⁹¹ Dias, 2005, p. 463.

⁹² Dias, 2005, p. 464.

⁹³ Contrariamente, Albuquerque, 2010, p. 327.

⁹⁴ Dias, 2005, pp. 464 e 465.

⁹⁵ Dias, 2005, p. 466.

⁹⁶ Rosa, 1995, *apud* Antunes, 2002, p. 337.

⁹⁷ Antunes, 2002, p. 449.

inimputabilidade é o mesmo facto que é pressuposto da medida de segurança⁹⁸, afirmando que, deste modo, poderá desde logo aferir-se a perigosidade do agente.

Como consequência, as “causas de exclusão de ilicitude, as causas de exclusão da culpa, o erro, nas suas diversas modalidades, o dolo e a negligência esgotam-se na própria declaração de inimputabilidade do agente”⁹⁹.

A autora defende que esta solução evita a caracterização dupla do facto, facto do agente inimputável e facto pressuposto da aplicação da medida de segurança, e também que seja feita a transposição, que critica, das categorias dogmáticas do facto imputável para o inimputável¹⁰⁰.

Assim, considera que a antiga redação do art. 91º CP era mais adequada, atendendo a que comportaria a ideia de que o facto será o facto inimputável do art. 20º CP e tinha também a vantagem de não pressupor a transposição das características do facto do imputável para o facto do inimputável¹⁰¹.

Por fim, o facto de que aqui se fala deverá tratar-se de um facto grave. Esta exigência decorre uma vez mais do princípio da proporcionalidade no âmbito das medidas de segurança, impedindo a restrição de direitos do indivíduo quando estejam em causa factos de gravidade muito reduzida ou uma diminuta ilicitude¹⁰². No entanto, a lei não determina o que deve ser considerado como facto grave. Destarte, Paulo Pinto de Albuquerque afirma, recorrendo em parte às palavras de Figueiredo Dias, que “A gravidade deve, pois, ser avaliada, não em função da moldura abstrata da pena, mas em termos ‘do relevo da lesão social verificada’”¹⁰³.

3.1.2 A inimputabilidade do agente

Eduardo Correia refere que “A imputabilidade traduz-se naquele conjunto de qualidades pessoais que são necessárias para ser possível a censura do agente por ele não ter agido doutra maneira”¹⁰⁴.

Assim, a ausência destas características levará à inimputabilidade do indivíduo, sendo que esta poderá ser resultante da idade (art. 19º CP) ou de anomalia psíquica. Debruçar-nos-emos apenas sobre a segunda aceção de inimputabilidade.

O conceito de inimputabilidade está presente no CP no art. 20º/1, segundo o qual será considerado inimputável “quem, por força de uma anomalia psíquica, for

⁹⁸ Antunes, 2002, pp. 432 e 434.

⁹⁹ Antunes, 2002, p. 450.

¹⁰⁰ Antunes, 2002, pp. 451 e ss.

¹⁰¹ Antunes, 2002, p. 472.

¹⁰² Albuquerque, 2010, p. 326.

¹⁰³ Albuquerque, 2010, p. 326.

¹⁰⁴ Correia, 2007, p. 331.

incapaz, no momento da prática do facto, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação”.

Resulta assim do artigo que o conceito de inimputabilidade consagrado no CP implica, por um lado, a presença de uma anomalia psíquica, mas igualmente a ausência de capacidade de discernimento e/ou de autodeterminação do agente, sendo necessária uma combinação de ambas, não sendo considerado o agente inimputável se se verificar apenas um dos elementos¹⁰⁵. Assim, para a determinação da inimputabilidade será necessária a verificação de um duplo requisito, nomeadamente biopsicológico e normativo.

Carlota Pizarro de Almeida fala em dois modelos distintos de inimputabilidade, o modelo restrito e o modelo lato¹⁰⁶.

O modelo restritivo implica que o indivíduo padeça de uma doença mental, em sentido estrito, que deverá ser avaliada por psiquiatras. No caso do perito psiquiatra determinar que o indivíduo não padece de qualquer doença mental, então mais não resta do que o tribunal declarar a imputabilidade do agente. Pelo contrário, caso se verifique que o arguido padece de uma enfermidade psiquiátrica, a resposta já não é automática e torna-se necessário avaliar se a doença afetou a capacidade de entender e de querer do arguido e, neste caso, a determinação já não será somente do médico, podendo o juiz intervir¹⁰⁷.

Pelo contrário, no modelo lato, a anomalia psíquica não terá de se consubstanciar numa doença mental, mas poderá traduzir-se em diferentes perturbações, desde que coloquem em causa a capacidade intelectual e volitiva do indivíduo¹⁰⁸. Este modelo apresenta diferentes graus. No ponto extremo, o juiz tomará a decisão total quanto à inimputabilidade do agente, que assentará apenas nas capacidades de inteligência e vontade deste. No entanto, este não é o modelo mais comum, sendo que o mais recorrente é que o perito médico auxilie o juiz na sua decisão, devendo apurar as patologias existentes ou não e, sobretudo, o estado mental do agente no momento na prática do facto, apesar de o seu parecer não ser vinculativo¹⁰⁹.

Voltando ao nosso art. 20º/1 CP, e de acordo com Carlota Pizarro de Almeida, pode concluir-se que o nosso sistema integra o modelo lato^{110 111}, uma vez que é dado um largo espectro ao juiz de situações de anomalia mental distintas de doença psiquiátrica que podem integrar o conceito, e dando, para além disso, uma elevada relevância ao elemento

¹⁰⁵ Ferreira, 2010, p. 273.

¹⁰⁶ Almeida, 2000, p. 38 e ss.

¹⁰⁷ Almeida, 2000, pp. 45 e 46.

¹⁰⁸ Almeida, 2000, p. 47.

¹⁰⁹ Almeida, 2000, pp. 47 e 48.

¹¹⁰ Almeida, 2000, pp. 84 e ss.

¹¹¹ No mesmo sentido AC.TRE de 05/06/2007, 648/07-1.

normativo, ou seja, ao efeito que essa anomalia teve na capacidade de entender e querer do arguido. Assim, o espectro de anomalias é vasto, incluindo psicoses, oligofrenias, psicopatias, neuroses, anomalias sexuais e perturbações profundas de consciência¹¹².

A propósito da amplitude de anomalias psíquicas que poderão ser consideradas no nosso sistema, Joana Costa afirma que este conceito, apesar de trazer várias vantagens, também causa problemas, nomeadamente de correspondência do conceito de anomalia psíquica com os conceitos utilizados pela psicologia e psiquiatria¹¹³.

No que concerne à avaliação do perito, o art. 127º CPP estatui que a regra quanto à apreciação da prova é a da livre apreciação. No entanto, no que diz respeito à prova pericial, o art. 163º CPP subtrai a perícia à livre apreciação do juiz. Contudo, o n.º 2 do mesmo artigo abre a porta à possibilidade de o julgador se opor à conclusão da perícia mediante fundamentação adequada, o que mitiga o sistema lato, uma vez que o juiz poderá interferir no juízo do perito quanto à existência de uma anomalia mental e as suas implicações¹¹⁴.

Outro elemento fundamental da avaliação da inimputabilidade é a aferição desta no momento da prática do facto, havendo uma relação entre inimputabilidade e facto. Este elemento é muito importante, uma vez que, se anteriormente a inimputabilidade era entendida como um estado continuado, hoje em dia, considerando que se deve olhar para a verificação desta num dado momento, reforça-se a ideia de que mesmo que o indivíduo tenha uma anomalia psíquica, a inimputabilidade não é automaticamente consequente¹¹⁵. Assim, um mesmo agente poderá ser considerado imputável da prática de determinado facto e ser considerado inimputável da prática de outro facto distinto, podendo até neste caso ser aplicada uma medida de segurança e uma pena.

Não podíamos concluir este tema sem nos referirmos ao novo paradigma de que fala Figueiredo Dias associado à sua conceção de culpa – o paradigma compreensivo –, segundo o qual a anomalia psíquica constitui um obstáculo à comprovação da culpa e não é uma causa de exclusão desta, na medida em que a anomalia oculta a personalidade do agente¹¹⁶. Assim, o autor afasta a ideia de que o inimputável é incapaz de culpa, estabelecendo para além do elemento biopsicológico a conexão normativa-compreensiva segundo a qual, em vez do elemento normativo da avaliação da capacidade intelectual e volitiva, deverá verificar-se, nas suas palavras, “se aquela anomalia é uma tal que se torne impossível o juízo judicial de compreensão, de apreensão da conexão objetiva de sentido entre a pessoa e o seu facto: que o torne impossível ou ao menos, altamente duvidoso,

¹¹² Dias, 2012, p. 565.

¹¹³ Costa, 2011, p. 58.

¹¹⁴ Almeida, 2000, p. 91.

¹¹⁵ Dias, 2012, p. 581.

¹¹⁶ Dias, 1989, p. 145.

deparando-nos neste último caso com a verdadeira essência das hipóteses tradicionalmente chamadas de imputabilidade diminuída”¹¹⁷.

3.1.3 A perigosidade do agente

A perigosidade do agente, que se consubstancia na probabilidade da prática pelo agente, no futuro, de novos factos, é de enorme relevo no âmbito das medidas de segurança.

Assim, esta possibilidade da prática de novos factos ilícitos terá de se traduzir numa probabilidade qualificada, para que se justifique a intervenção penal que restringe os direitos dos sujeitos. A probabilidade terá de ser tal modo elevada que efetivamente se verifique a necessidade de aplicação da medida, ou seja, que, ponderados os interesses conflitantes, o interesse público seja colocado de tal modo em causa que seja preponderante¹¹⁸. Para além disso, o CP estatui que, para que se verifique a perigosidade, terá de haver “fundado receio de que o indivíduo venha a cometer outros factos da mesma espécie”¹¹⁹. Assim, apesar de os factos não terem de consubstanciar igual ilícito típico, terá de haver uma “perigosidade específica”¹²⁰ no sentido de os factos ilícitos serem semelhantes, havendo um conexão material entre estes. Como afirma o AC.STJ de 16-10-2014, 457/12.7PBBJA.E1.S1, “Os factos da mesma espécie são factos que lesem ou ponham em perigo o mesmo tipo de bem jurídico”.

Atendendo à relevância central da determinação da perigosidade, remetemos para um outro princípio, o princípio *in dubio pro reo*, que deverá valer igualmente no âmbito das medidas de segurança e, portanto, se o julgador não conseguir atingir a convicção desta probabilidade qualificada da prática de factos ilícitos semelhantes, então não deverá ordenar a aplicação da medida de segurança¹²¹.

Trazemos aqui à colação o entendimento de Cristina Líbano Monteiro. Esta autora entende que o facto ilícito em si será logo manifestação da perigosidade passada, sendo que a avaliação posterior será apenas de modo a averiguar se esta cessou. Assim, afirma

¹¹⁷ Dias, 1989, p. 148.

¹¹⁸ Dias, 2005, p. 441.

¹¹⁹ Art. 91º/1 CP.

¹²⁰ Antunes, 1998, p. 55.

¹²¹ Dias, 2005, p. 444.

esta autora que o princípio do *in dubio pro reo* apenas interfere mediamente no juízo de perigosidade, aplicando-se apenas à verificação do facto¹²².

3.2. Os limites temporais da medida de segurança

3.2.1 O limite mínimo

Por regra, a medida de segurança de internamento não terá um limite mínimo definido, devido à finalidade essencial da cessação da perigosidade. Cessando esta, então, também terminará a medida de segurança. No entanto, o art. 91º/2 CP determina uma duração mínima de três anos de internamento nas situações da prática de um crime contra as pessoas ou crime de perigo comum puníveis com pena de prisão superior a cinco anos, se a libertação não se revelar compatível com a defesa da ordem jurídica e da paz social.

Quanto a este limite mínimo, Figueiredo Dias entende que é reflexo da finalidade de prevenção geral positiva de integração, que, como já dissemos, é também para este autor uma das funções que deve ser assegurada pela medida de segurança¹²³.

Taipa de Carvalho, apesar de considerar que um limite mínimo poderá ser aceitável em casos de criminalidade grave para os quais haja necessidade de pacificação social, entende que este limite será exagerado por considerar que poderão estar em causa penas com limites mínimos inferiores a três anos e limites máximos de seis anos¹²⁴.

Maria João Antunes defendia, inicialmente¹²⁵, que o que estaria em causa seria uma presunção de perigosidade¹²⁶; no entanto, hoje já não é esse o seu entendimento. Atualmente, defende que o n.º 2 no art. 91º será de aplicar apenas nas situações de imputabilidade diminuída (20º/2/3), entendendo a autora que só nestes casos se aplicará o limite mínimo, por estarem em causa agentes apesar de tudo imputáveis e, por isso, se verificarem de forma autónoma necessidades de prevenção geral positiva¹²⁷.

Avançando esta polémica e assumindo que este limite mínimo se aplica também a inimputáveis, cumpre discutir o limite em si mesmo. O STJ já se pronunciou, no Ac.de 12/04/2000¹²⁸, no sentido de que o tribunal não poderá determinar um limite mínimo superior àquele que está determinado na lei, ou seja, três anos. No entanto, poderá este limite mínimo ser diminuído considerando, como é afirmado por Taipa de Carvalho, que se trata de um limite exagerado?

¹²² Monteiro, 1997, p. 167.

¹²³ Dias, 2012, pp. 93 e 94.

¹²⁴ Carvalho, 2011, pp. 77 e 88.

¹²⁵ Na versão anterior deste artigo.

¹²⁶ Antunes, 1993, p. 90.

¹²⁷ Antunes, 2015, p. 115.

¹²⁸ Disponível em Brandão, 2009.

A propósito desta questão, afirma Nuno Brandão que o juiz não poderá neste âmbito ir mais longe do que na pena, determinando um limite mínimo superior àquele que seria aplicado caso se aplicasse a pena¹²⁹. No mesmo sentido, Paulo Pinto de Albuquerque afirma que “Se o valor mínimo da moldura penal do crime corresponde à tutela estritamente indispensável das necessidades de prevenção geral, abaixo da qual o limiar do reconhecimento da validade do bem jurídico pela comunidade fica em causa, esta tutela indispensável é a mesma para imputáveis e para inimputáveis, podendo os inimputáveis beneficiar do valor mínimo da moldura penal para os imputáveis”¹³⁰.

Quanto a este limite mínimo, partilhamos a opinião de Maria João Antunes, pois consideramos que, se efetivamente não se verificarem quaisquer exigências de prevenção especial, não nos parece que seja correta a aplicação deste tempo mínimo de modo a assegurar a prevenção geral. Apesar de concordarmos que a prevenção geral tem o seu papel no âmbito da medida de segurança, esta não pode ser preponderante. No entanto, verificando-se efetivamente necessidades de prevenção especial, então, poderá tomar-se em consideração a prevenção geral e, neste âmbito, concordamos com a opinião de Taipa de Carvalho, Nuno Brandão e Paulo Pinto de Albuquerque, considerando que a lei não poderá ser mais exigente, em termos de prevenção geral, com os indivíduos inimputáveis do que é com os imputáveis. Por conseguinte, se o mínimo da moldura penal for inferior a três anos, então não poderá ser aplicado ao inimputável um mínimo superior. Desta forma, entendemos que deverá operar-se uma alteração legislativa que determine que o limite mínimo a aplicar à medida de segurança de internamento não poderá ser superior ao limite mínimo da moldura penal aplicável caso o agente seja imputável.

Quanto à revisão da medida de segurança de internamento (art. 93º), por regra, esta é obrigatória decorridos dois anos do início do internamento e poderá, ainda, ocorrer a todo o tempo, facultativamente, sempre que invocada a existência de causa justificativa da cessação do internamento. No entanto, a avaliação dos pressupostos de que esta depende, nestes casos, de limite mínimo legal só ocorrerá depois de decorridos os três anos de obrigatoriedade de duração mínima da medida¹³¹. A este propósito já se pronunciou o TEDH, ainda na esteira da versão antiga do artigo, no caso Silva Rocha contra Portugal, no sentido de que não haveria a violação do art. 5º/4 da CEDH por a revisão da situação da perigosidade só ocorrer três anos depois de iniciado o internamento, atendendo à finalidade de prevenção geral, que pressupõe este limite mínimo, e tendo em conta que o agente poderá sempre recorrer ao *habeas corpus*¹³².

¹²⁹ Brandão, 2009, p. 628.

¹³⁰ Albuquerque, 2010, p. 329.

¹³¹ Deste modo, Gaspar & Antunes, 1997, p. 153; igualmente, Ac. STJ de 12/04/2000.

¹³² Gaspar & Antunes, 1997, pp. 138 a 140.

Por fim, compete dizer que, apesar de não estar previsto expressamente na lei, deverá ser feito o desconto no limite mínimo do tempo em que o indivíduo esteve detido, preso preventivamente, internado preventivamente ou obrigado a permanência na habitação, aplicando-se analogicamente o art. 80º/1 CP¹³³.

3.2.2 O limite máximo

Estando sempre na base da medida de segurança de internamento a perigosidade do agente, a regra será a da indeterminação temporal desta, cessando o internamento quando cessada a perigosidade do agente. No entanto, como já tivemos oportunidade de referir, as medidas de segurança estão subordinadas a princípios fundamentais, tais como a legalidade e a proporcionalidade. Assim sendo, a medida de segurança, apesar de pela própria natureza ser menos determinada, deverá ter um limite máximo.

O CP, no seu art. 92º, determina que o internamento cessará quando cessar a perigosidade, mas o n.º 2 do referido artigo estipula um limite máximo: deste modo, a medida de segurança terá, como limite máximo, o limite máximo da moldura legal do crime cometido que seria aplicada ao arguido caso fosse imputável.

A este propósito, Taipa de Carvalho defende que o limite máximo deveria ter em consideração não o limite superior abstrato da pena, mas sim a pena que seria aplicada em concreto ao agente se este fosse imputável, de modo a que este limite estivesse em consonância com os princípios da proporcionalidade e da igualdade¹³⁴. Criticando também este preceito, mas de forma distinta, Maria João Antunes advoga que o limite máximo do internamento não deverá ter por base a pena, mas ser determinado a partir de considerações distintas desta, criticando aqui a aproximação entre estas duas sanções¹³⁵.

Nesta esteira, acompanhamos Maria João Antunes, pois entendemos que o limite máximo nos casos de internamento não deverá ter por base a pena, mas outros critérios adequados. Não concordamos, por isso, com Taipa de Carvalho, pois não conseguimos compreender como será possível determinar a pena em concreto que seria aplicável ao agente, uma vez que para a determinação concreta da pena é necessário tomar em consideração o grau de culpa do agente, indeterminável no caso de inimputáveis.

A determinação de um limite máximo poderá tornar-se mais complexa no caso da prática de vários factos ilícitos pelo agente, bem como no caso de eventuais qualificações.

Quanto à primeira hipótese, a questão reside em saber se se aplica também no âmbito das medidas de segurança a figura do cúmulo jurídico de crimes. O cúmulo

¹³³ Antunes, 2015, pp. 74 e 115. Também, Ac. STJ de 02/03/2003, 03P2449.

¹³⁴ Carvalho, 2011, p. 89.

¹³⁵ Antunes, 2003, p. 358.

jurídico encontra-se previsto no art. 77º CP, aplica-se nas situações de concurso de crimes e resulta na aplicação de uma única pena, tendo em conta o facto e a personalidade do agente, mediante, primeiramente, a determinação das penas concretas que caberiam a cada um dos crimes e posterior criação de uma moldura penal abstrata, que apresentará como limite mínimo a pena parcelar mais elevada e como limite máximo a soma das penas concretamente determinadas, não ultrapassando os 25 anos (art. 77º/2 CP).

No que concerne às medidas de segurança, António Miguel Veiga entende que deverá ser tido em conta apenas um dos ilícitos típicos, o mais grave dos factos praticados, para a determinação da medida de segurança¹³⁶. No entanto, o autor levanta a dúvida quanto a situações em que o indivíduo tenha sido julgado pelos diferentes factos separadamente, defendendo neste caso que, a fim de garantir que o inimputável não é prejudicado, deverá ser feito um “cúmulo” entre a medida que tenha sido aplicada no primeiro julgamento e a segunda, que lhe virá a ser aplicada no segundo processo “por forma a avaliar no momento em que se deteta a mencionada ‘duplicação’, a exata situação global do agente e a perigosidade por si patenteada”¹³⁷, falando de uma espécie de analogia imperfeita dos arts. 30º, 77º e 78º do CP à medida de segurança, reforçando no entanto a necessidade de uma clarificação legislativa quanto a este problema.

Quanto às qualificações, caso esta resulte de razões atinentes à ilicitude, o limite máximo corresponderá ao limite máximo do crime qualificado¹³⁸. No entanto, caso a qualificação resulte da culpa, a questão já é diferente e, neste caso, será de considerar o crime não qualificado, atendendo à incapacidade de culpa do agente¹³⁹.

Por fim, o art. 92º/3 constitui uma exceção à regra de que aqui falamos. Assim, este artigo determina que o internamento poderá ser prorrogado por períodos sucessivos de dois anos para além do limite máximo, no caso de o facto praticado pelo inimputável corresponder a crime punível com pena superior a oito anos e o perigo de novos factos da mesma espécie for de tal modo grave que desaconselhe a libertação. Este artigo levanta várias dúvidas, nomeadamente de constitucionalidade, de que trataremos *infra*.

¹³⁶ No mesmo sentido, Ac. STJ de 16/10/2013, 300/10.1GAMFR.L1.S1, segundo o qual a “acumulação material é inadmissível, de forma que há que reduzir o limite máximo da medida de segurança ao máximo da pena mais grave aplicável, no caso”.

¹³⁷ Veiga, 2014, pp. 260 e ss.

¹³⁸ Albuquerque, 2010, p. 332.

¹³⁹ Ac. STJ de 12/04/2000.

3.3 A medida de segurança de internamento e a LSM¹⁴⁰

Para além do CP determinar o internamento de agentes inimputáveis mediante a aplicação de uma medida de segurança, a LSM consagra o internamento compulsivo, sendo estes internamentos diferentes quanto às suas funções e pressupostos.

A LSM, em conformidade com a CRP (art. 27º/3), obriga a intervenção judicial prévia, exceto no caso do internamento urgente, no qual a verificação judicial será posterior¹⁴¹.

A aplicação do internamento compulsivo deverá, tal como a medida de segurança, obedecer aos princípios da necessidade, subsidiariedade, adequação e proporcionalidade. Deste modo, o internamento só deverá ser aplicado se apenas este se mostrar adequado ao tratamento do indivíduo, sendo a *ultima ratio*, e recorrendo-se a este apenas quando o tratamento não puder ser realizado em ambulatório. Em obediência ao princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, deverá ser realizada uma ponderação de interesses conflitantes, de modo a averiguar se a lesão aos bens jurídicos resultante do internamento não é superior à lesão aos bens jurídicos que se visa acautelar com o internamento do indivíduo. Como referem João Latas e Fernando Vieira, “Só a proteção de direitos (do próprio ou terceiro) pelo menos de valor equivalente ao direito do doente à liberdade e à autonomia da vontade permitem a sua restrição”¹⁴², sendo que só quando se afigure possível o tratamento é que se deverá recorrer a este, uma vez que a mera inocuidade não pode legitimar o internamento¹⁴³.

A LSM consagra um sistema misto de intervenção com a participação do tribunal e médico psiquiatra que, nas palavras de Vieira de Andrade, “exige um consenso entre médicos e juizes, fazendo depender o internamento da conjunção de dois poderes e de dois juízos: por um lado, de uma decisão médica especializada fundada em conhecimentos técnicos e obrigada por uma deontologia profissional exigente; por outro lado, de uma decisão judicial, fundada em conhecimentos jurídicos e garantindo a aplicação correta da constituição e da lei”¹⁴⁴.

Prova da importância do médico num momento inicial é o art. 27º LSM, que determina que o juiz não pode decidir sobre o internamento sem anteriormente ter um parecer médico, o que é da maior importância, uma vez que esta perícia é a primeira garantia de que o indivíduo não será sujeito a internamento injustificadamente¹⁴⁵; já num momento final, o art. 34º LSM estipula que o internamento pode cessar por alta

¹⁴⁰ Lei n.º 36/98, de 24/07.

¹⁴¹ Latas & Vieira, 2004, p. 56.

¹⁴² Latas & Vieira, 2004, p. 91.

¹⁴³ Latas & Vieira, 2004, p. 91.

¹⁴⁴ Andrade, 2000, p. 85.

¹⁴⁵ Albergaria, 2006, p. 24.

dada pelo diretor clínico do estabelecimento, fundamentada em avaliação clínico-psiquiátrica, independentemente de qualquer intervenção do tribunal.

Por sua vez, o juiz terá as funções de assegurar o procedimento correto e a verificação dos pressupostos¹⁴⁶, sendo que também este poderá ordenar a cessação do internamento (art. 34º LSM).

O n.º 1 do art. 12º LSM determina o chamado internamento de perigo, sendo pressuposto do decretamento deste, para além da anomalia psíquica, o perigo para bens jurídicos relevantes, não bastando um perigo potencial¹⁴⁷. Deverá, ainda, verificar-se um nexo entre a anomalia psíquica e o eventual dano futuro aos bens jurídicos.

Por fim, o último requisito será a recusa do agente em se submeter ao tratamento, opondo-se o portador de anomalia psíquica ao tratamento adequado, o que distingue este internamento do internamento voluntário.

Já o n.º 2 do art. 12º LSM estabelece o internamento tutelar: para além da anomalia psíquica, o indivíduo deverá ser incapaz de consentir – sendo necessária a avaliação médica desta incapacidade, o que não é necessário no regime anterior – e, ainda que o não recurso à terapêutica “dê causa em termos adequados típicos ou normativos e de acordo com a ciência médica à deterioração acentuada do estado do portador de anomalia psíquica, cabendo a palavra ao médico e restando ao juiz a averiguação da proporcionalidade”¹⁴⁸.

Analizados os requisitos do internamento compulsivo, compreendem-se as diferenças entre este e a medida de segurança de internamento, independentemente da modalidade em causa. Distinguem-se uma vez que o internamento compulsivo não pressupõe a prática de um ilícito típico, nem a probabilidade da prática futura de outro¹⁴⁹. Apesar de a LSM falar de perigosidade, que poderá parecer semelhante ao conceito de perigosidade a que já nos referimos a propósito da medida de segurança, na realidade não se trata do mesmo conceito, uma vez que no caso do internamento compulsivo não é necessário que este juízo futuro incida sobre a prática de ilícitos, nem será necessário o “carácter mais ou menos homogêneo da conduta lesiva de bens jurídicos que se pretende evitar”¹⁵⁰.

No entanto, existem zonas de interceção entre a LSM e o processo penal, que a lei prevê nos seus arts. 28º e 29º.

O art. 28º LSM pretende dar resposta às situações em que ocorra um internamento compulsivo na pendência do processo penal. Assim, o internamento compulsivo poderá

¹⁴⁶ Andrade, 2000, p. 86

¹⁴⁷ Albergaria, 2006, p. 41

¹⁴⁸ Albergaria, 2006, pp. 41 e 45.

¹⁴⁹ Latas & Vieira, 2004, p. 52

¹⁵⁰ Latas & Vieira, 2004, p. 89.

ocorrer e até substituirá o internamento preventivo do art. 202º CPP caso o primeiro consiga alcançar as finalidades coativas para as quais está destinado o internamento preventivo. O internamento compulsivo é ainda consentâneo com a aplicação da suspensão da execução da medida de segurança de internamento¹⁵¹.

Já no que concerne ao art. 29º LSM, este trata de uma situação distinta. Este artigo é um afloramento do princípio da economia processual. Assim, se num momento de inquérito ou instrução o MP ou o juiz de instrução conseguirem determinar a presença de uma anomalia psíquica e a inimputabilidade do agente, mas não se verificar a perigosidade deste, deve o processo ser arquivado ou emitido um despacho de não pronúncia, podendo no entanto o MP promover o internamento compulsivo (art. 13º LSM). Num segundo momento, na fase de julgamento, concluindo o juiz pela inimputabilidade do agente, mas considerando que o facto ilícito não apresenta gravidade tal que deva acarretar consigo uma consequência penal ou, por outro lado, não se verificando a probabilidade da prática de novos factos-ilícitos¹⁵², então não poderá ser aplicada a medida de segurança de internamento, mas poderá recorrer-se ao internamento compulsivo, que poderá ser decretado desde que preenchidos os requisitos do art. 12º LSM.

Consideram ainda Latas e Vieira que este artigo também poderá aplicar-se no caso em que o tribunal, apesar da presença da anomalia mental, não consiga comprovar a inimputabilidade do agente, pela impossibilidade da prova de prática de um facto ilícito típico¹⁵³.

Taipa de Carvalho critica esta solução, uma vez que entende que o tribunal, em processo penal, decide apenas da não aplicação da medida de segurança e não deverá decidir da aplicação da medida pré-delitual administrativa, por considerar que há uma violação do princípio da proporcionalidade, não tendo o tribunal legitimidade para aplicar um internamento compulsivo, quando a liberdade do inimputável não representa perigo acentuado para os bens jurídicos¹⁵⁴.

Porém, nestas situações, não estará em causa perigo para bens jurídicos alheios, mas pode haver perigo para bens do próprio e/ou de deterioração do estado de saúde do doente mental. Assim, cremos que, preenchendo-se estes pressupostos, previstos no art. 12º da LSM, se respeita o princípio da proporcionalidade.

¹⁵¹ Latas & Vieira, 2004, p. 164.

¹⁵² Latas & Vieira, 2004, p. 166.

¹⁵³ Latas & Vieira, 2004, p. 166.

¹⁵⁴ Carvalho, 2011, p. 90.

4. Medida de segurança perpétua?

O art. 30º/1 CRP proíbe as penas e as medidas de segurança perpétuas; no entanto, no que concerne a estas últimas, o n.º 2 do mesmo artigo permite que haja a prorrogação destas enquanto se mantiver a perigosidade do agente. Reflexamente, o CP, apesar de estabelecer, como vimos, que por regra a duração da medida de segurança não poderá ultrapassar o máximo da moldura penal que lhe seria aplicável caso fosse imputável, no seu n.º 3 determina uma exceção a esta regra. Assim, nos casos em que o crime seja punível com pena superior a oito anos e mantendo-se a perigosidade do agente¹⁵⁵, o internamento poderá ser prorrogado, ultrapassando este limite máximo, mantendo-se até que cesse a perigosidade. Esta norma levanta dúvidas, desde logo do ponto de vista constitucional, por poder levar a situações de perpetuidade da medida.

4.1 A questão constitucional

Na versão anterior do CP, o art. 92º não determinava qualquer limite máximo para a medida de segurança, valendo a regra geral, segundo a qual a medida cessa quando cessar a perigosidade do agente. Apenas se estabeleciam, à data, limites máximos nas hipóteses normais de primeiro internamento do arguido; nestes casos, a medida de segurança de internamento não poderia ultrapassar em mais de quatro anos a pena a aplicar àquele crime, só podendo este limite ser ultrapassado em casos de extrema perigosidade do agente. Por sua vez, o art. 93º deste mesmo Código já previa a revisão da medida, estabelecendo no seu n.º 1 a revisão facultativa e no n.º 2 a revisão obrigatória, decorridos três anos sobre a decisão que tivesse aplicado a medida ou dois anos após a decisão de manutenção desta.

Face a estas disposições legais, vários autores defendiam que o sistema de medidas de segurança não estaria de acordo com a CRP, nomeadamente com as exigências do art. 30º n.ºs 1 e 2, que já na altura apresentavam o conteúdo que apresentam hoje.

Nesta esteira, Figueiredo Dias entendia que, apesar do art. 93º determinar a obrigatoriedade da revisão, esta não era garantia suficiente para assegurar a constitucionalidade do sistema das medidas de segurança, considerando que a revisão não é o mesmo que a pré-determinação da medida e, apesar de a aplicação desta não estar sujeita à determinação concreta do tempo a cumprir, nestes casos haveria uma indeterminação total do limite máximo, o que conduziria a situações de internamentos tendencialmente ilimitados¹⁵⁶. No mesmo sentido, Maria João Antunes propugnava a ideia de que o sistema de revisões não era suficiente e que apenas com a imposição de

¹⁵⁵ De notar que na psiquiatria não há qualquer correlação entre a gravidade do facto cometido e o maior tempo para reverter a perigosidade (Vieira, 2002, p. 95).

¹⁵⁶ Dias, 2005, p. 474.

um limite máximo se iria ao encontro do movimento de “legalidade substantivada da medida de segurança”, que implica desde logo o respeito pelos princípios da legalidade e proporcionalidade¹⁵⁷.

No entanto, atualmente, ambos os autores entendem que o novo art. 92º está em conformidade com os preceitos constitucionais¹⁵⁸. Todavia, Maria João Antunes alerta para o facto de, apesar desta conformidade constitucional do n.º 3 do art. 92º, esta solução ser questionável por, na realidade, abrir a porta à possível perpetuidade da medida¹⁵⁹.

Em sentido contrário, Taipa de Carvalho considera que o art. 30º/2 CRP e, por consequência, o art. 92º/3 CP permitem expressamente medidas de segurança perpétuas, violando os princípios da legalidade e da proporcionalidade¹⁶⁰.

Concordamos com a opinião deste autor. Não compreendemos como poderá ser considerado substancialmente diferente admitir desde o início a aplicação de medidas de segurança perpétuas e, por outro lado, não as admitir, mas estabelecer um sistema de prorrogações sucessivas que, na realidade, terão o mesmo efeito final, permitindo que se estabeleçam com fundamento no n.º 3 do art. 92º medidas de segurança tendencialmente perpétuas. Claro está que este sistema de prorrogações terá a vantagem de aumentar as garantias do indivíduo uma vez que, deste modo, ao longo dos anos se vai verificando a situação do internado reavaliando a sua eventual perigosidade, o que não aconteceria se simplesmente se aplicasse uma medida perpétua. No entanto, reafirmamos que o resultado final será o mesmo, e parece-nos que o recurso a este sistema visa de certo modo ludibriar, dando uma aparência de que a medida cessará, quando não é verdade, podendo, eventualmente, tornar-se perpétua.

Assim, consequentemente, consideramos que o art. 92º/3 CP viola vários princípios fundamentais que são atualmente de aplicar, sem dúvida, também às medidas de segurança e viola, também, o preceituado na CRP no art. 30º.

Veja-se, desde logo, o princípio da igualdade¹⁶¹, reflexo do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado constitucionalmente no art. 13º. O princípio da igualdade implica, por um lado, a igualdade dos cidadãos perante a lei, independentemente das suas condições subjetivas e, por outro, a eliminação de desigualdades entre estes¹⁶². Assim, decorre deste princípio a proibição do arbítrio, segundo o qual, apesar de haver a obrigatoriedade de tratar igual o que é igual, mas também de forma diferente o que é diferente, este tratamento diferenciado não poderá ser arbitrariamente determinado,

¹⁵⁷ Antunes, 1993, pp. 103-106.

¹⁵⁸ Dias, 2005, p. 475; Antunes, 1998, p. 57; Albuquerque, 2010, p. 331.

¹⁵⁹ Antunes, 2015, p. 116.

¹⁶⁰ Carvalho, 2011, pp. 86 e 89.

¹⁶¹ Alves, 2016, p. 169.

¹⁶² Canotilho & Moreira, 2007, p. 337.

impedindo-se o tratamento desigual em situações em que ele não é justificável. Este princípio implica ainda a proibição da discriminação, o que não é impeditivo de um tratamento diferente nas situações que assim o exijam, mas obriga a que esta diferença seja justificada por razões de segurança jurídica, de proporcionalidade, de justiça e de solidariedade. Por fim, exige ainda a obrigação de diferenciação, que impele os poderes públicos a criarem condições para a eliminação ou diminuição das assimetrias sociais, económicas e culturais¹⁶³.

Destarte, a questão que se coloca é se se justifica neste âmbito o tratamento diferenciado relativamente às penas, que nunca serão sujeitas a prorrogações depois de atingido o seu limite máximo. Como será fácil de compreender, a razão da diferenciação prender-se-á, aqui, com a ideia de que a anomalia psíquica do agente o tornará mais perigoso do que outros agentes imputáveis. Mas será assim?

É verdade que muitas vezes a anomalia psíquica, vulgue-se, aqui, doença mental, é associada a violência, resultante do preconceito relacionado com este tipo de patologias. Ao longo dos tempos, foram realizados vários estudos sobre estas associações e foram várias e diferentes as conclusões a que se chegou. Contudo, hoje em dia tem-se vindo a entender que, apesar de efetivamente se poder considerar que a doença mental se consubstancia num fator de risco¹⁶⁴ de violência, especialmente no que concerne a anomalias psíquicas graves, existem muitos outros fatores que são igualmente fatores de risco de violência e que também podem estar presentes em imputáveis, como o sexo, a idade ou outras influências do meio do indivíduo, como, por exemplo, a situação precária de emprego ou o fácil acesso a armas¹⁶⁵. No que concerne à doença mental, o que se verifica é um aumento da probabilidade de violência no caso de comorbidades, com o consumo paralelo de drogas ou álcool, sendo que, no entanto, também se concluiu que o consumo destes sem a presença da doença mental acarreta o mesmo risco de violência¹⁶⁶, reforçando ainda esta ideia o facto de a maior parte dos indivíduos que praticam crimes não serem aqueles que padecem de doença mental.

Deste modo, é possível concluir que não se justifica um tratamento desigual quando na realidade, apesar de a anomalia mental, especialmente grave, se consubstanciar num facto de risco, existem muitos outros que poderão tornar um imputável potencialmente mais violento.

Outro princípio claramente colocado em causa, quanto a nós, será o princípio da proporcionalidade¹⁶⁷, de que já falámos anteriormente. Entendemos que, neste caso, a

¹⁶³ Canotilho & Moreira, 2007, pp. 339 a 341.

¹⁶⁴ Andrews & Bonta, 1998, p. 475; Harris & Lurigio, 2007, p. 549.

¹⁶⁵ Cowen et al., 2018, pp. 53 e ss., 296 e ss., 516 e ss.

¹⁶⁶ Retirado de <http://journals.plos.org/plosmedicine/article?id=10.1371/journal.pmed.1000120#s4>.

¹⁶⁷ Assim, também, Alves, 2016, p. 173.

ponderação de interesses está desequilibrada, pois que haverá uma restrição exagerada de direitos do indivíduo inimputável, que poderá, hipoteticamente, ficar privado da sua liberdade de forma permanente, em última linha por força da prevenção geral de proteção da comunidade, que assume aqui uma preponderância face à prevenção especial. O que não será correto, uma vez que, apesar de aceitarmos que a medida de segurança terá também uma finalidade de prevenção geral, preponderante deverá sempre ser a prevenção especial.

Destarte, será violado o princípio da proibição das penas e medidas indeterminadas, pois a medida não terá verdadeiramente um limite, não se assegurando em absoluto a não perpetuidade desta, o que por reflexo levará também à violação do Direito à liberdade e à segurança.

Assim sendo, concluímos que o art. 92º/3 CP viola princípios fundamentais do Estado de Direito, não se compadecendo com a dignidade da pessoa humana, conflituando com o próprio art. 30º CRP.

Nesta esteira, Sílvia Marques Alves defende, e bem, quanto a nós, a inconstitucionalidade do 92º/3 CP e afirma que o art. 30º/2 CRP só se poderá compaginar com o n.º 1 se for interpretado no sentido de que as prorrogações da medida de segurança não poderão ultrapassar o limite máximo de vinte e cinco anos, estabelecidos não para a medida de segurança, mas sim para a pena (art. 41º/2CP)¹⁶⁸. A este propósito, no direito brasileiro, a CRB estatui apenas a proibição da pena perpétua no artigo 5º XLVII b), não estabelecendo a possibilidade de prorrogações nem mesmo no caso das medidas de segurança. Já o CPB estabelece apenas o limite mínimo das medidas de segurança, não estabelecendo de todo um limite máximo (art. 97º/1CPB). Nesta esteira, o STF já se pronunciou no sentido de que deverá ser aplicado o mesmo limite máximo da pena, 30 anos. Contrariamente, no mesmo ordenamento jurídico, o STJB tem entendido, em sentido diverso, que o limite máximo deverá ser o limite máximo abstrato da moldura penal da pena que seria de lhe aplicar¹⁶⁹.

Compreendemos esta interpretação da autora que, em grande parte, resolveria o problema. Contudo, não nos parece que esta seja a intenção do legislador, pois que a própria CRP autonomiza a possibilidade de prorrogações como que querendo criar uma válvula de escape para as situações de medida de segurança, partindo da premissa de que estes agentes serão mais perigosos. De notar ainda que, no momento de alteração do CP, ao estabelecer-se a regra geral do limite máximo corresponder ao limite máximo da moldura legal, poderia o legislador ter estatuído no mesmo sentido quanto ao n.º 3 do art. 92º CP, estabelecendo como limite máximo para as prorrogações os 25 anos, não o

¹⁶⁸ Alves, 2016, p. 175.

¹⁶⁹ Prado & Schindler, 2017, p. 634.

tendo feito. Em conclusão, defendemos a inconstitucionalidade do art. 92º/3 CP. Consideramos ainda que o próprio art. 30º/2 CRP deverá ser considerado materialmente inconstitucional, se interpretado no sentido de permitir sucessivas prorrogações, sem limite, das medidas de segurança de internamento, contrariando o n.º 1 do mesmo artigo e princípios fundamentais consagrados constitucionalmente.

4.2 O nosso contributo

Chegados a este ponto, e defendendo a inconstitucionalidade do art. 92º/3 da CRP, cumpre fazer uma aproximação a uma possível solução para esta problemática.

Em primeiro lugar, a questão de fundo será determinar se a medida de segurança deverá manter-se na jurisdição penal ou se se deverá passar para um sistema administrativo¹⁷⁰. Na nossa opinião, a aplicação das medidas de segurança deverá continuar no âmbito do direito penal, uma vez que só o processo penal poderá assegurar todas as garantias que deverão ser aplicadas ao indivíduo inimputável. Para além de que, ao afastar-se o inimputável do âmbito do direito penal, preterindo-se esta jurisdição pela administrativa, mais uma vez violaríamos o princípio da igualdade face a um tratamento que seria mais garantístico para os imputáveis do que para os inimputáveis, correndo-se ainda o risco de se virem a considerar inimputáveis indivíduos imputáveis apenas para os poder afastar do sistema judicial penal, aplicando medidas que, na verdade, poderão ser mais gravosas.

Em segundo lugar, não podendo de todo ser evitada a medida de internamento, deverá privilegiar-se, aliás como é definido pelo próprio CEP no art. 26º, o cumprimento da medida de internamento em unidade de saúde mental não prisional.

Centrando-nos agora no limite máximo, defendemos que deverá ser determinado um limite máximo que em caso algum poderá ser ultrapassado, assegurando desta forma que o indivíduo não passará o resto dos seus dias sujeito a uma medida de segurança de internamento.

Este limite máximo deverá ser determinado por lei, sendo que este mesmo valor a definir não deverá ser resultado da transposição direta do limite da pena para a medida de segurança¹⁷¹, devendo este atender especialmente às razões de prevenção especial que devem prevalecer na medida de segurança, não esquecendo nunca, porém, a prevenção geral. Este limite deverá ser determinado por uma equipa multidisciplinar, de modo a enquadrar os desenvolvimentos da ciência no direito. Neste caso, procuramos que haja um tratamento distinto face à pena, não considerando que no caso haja violação do

¹⁷⁰ Antunes, 2003, p. 360 e ss.

¹⁷¹ Em sentido diverso, Carvalho, 2011, p. 89, que considera que o limite máximo a ter em conta será a pena que concretamente seria aplicada.

princípio da igualdade, pois que, aqui, a diferença se justifica atendendo à preponderância da finalidade de prevenção especial da medida de segurança de internamento.

Para além de entendermos que esta solução permitirá dar cumprimento aos princípios fundamentais que consideramos que atualmente estão postos em causa, será muito mais benéfico do ponto de vista da ressocialização a determinação de um limite máximo, pois a maior parte dos indivíduos internados compreendem a sua situação, compreendem o porquê de serem sujeitos a internamento e sabem que poderão muito bem cumprir uma medida sem fim, o que em nada contribui para a sua ressocialização¹⁷². Também associada a esta, e resultante de internamentos demasiado prolongados, deparamos com a perda de laços familiares: veja-se, a título de exemplo, o caso da clínica psiquiátrica do estabelecimento prisional de Santa Cruz do Bispo, na qual 60% dos inimputáveis internados recebem no máximo uma visita por ano, sendo que grande parte destes nem uma visita recebe. Quanto a este ponto, sabemos que em parte se deve ao facto de, na maior parte das vezes, as vítimas destes indivíduos serem os familiares próximos, que mais tarde têm dificuldade em aceitá-los de volta, mas também porque continuam a existir situações de preconceito intrafamiliar face àquele elemento pelo facto de padecer de uma anomalia psíquica¹⁷³.

Para além do limite máximo, o período entre revisões deveria ser reduzido, fazendo-se uma avaliação anual do estado de perigosidade do agente¹⁷⁴.

Estabelecido um limite máximo, a questão prende-se agora com o “depois” de expirado esse limite.

Em primeiro lugar, sabemos que nem sempre se poderá abandonar o internamento por completo. Nestes casos, perfilhamos a posição de Taipa de Carvalho, considerando que, cessada a medida de segurança, poderá ser aplicado o internamento ao abrigo da LSM, mediante o preenchimento dos requisitos desta lei¹⁷⁵. Poderá contra nós apontar-se que damos de um lado para tirar de outro e que, efetivamente, o indivíduo continuará internado. E é verdade que sim, continuará internado; no entanto, aqui o fundamento já nada terá a ver com o ilícito típico, baseando-se apenas no agente e no seu interesse associado à anomalia psíquica.

Outra situação que nos preocupa relaciona-se com os casos em que, no momento da revisão da medida de segurança, erradamente não se conclua pela cessação da perigosidade do agente, não por haver uma probabilidade séria da prática de novos factos

¹⁷² Aliás, do ponto de vista da psiquiatria, a ressocialização não será corretamente realizada com a restrição ao espaço físico onde estão internados (Vieira, 2002, p. 95).

¹⁷³ Veja-se a entrevista anexa.

¹⁷⁴ Carvalho, 2011, p. 90.

¹⁷⁵ Carvalho, 2011, p. 86.

ilícitos, mas sim por o agente não ter condição de autonomia, nem apoio familiar que o suporte, por estes não o quererem receber, ou por a própria comunidade não o aceitar de volta, sendo que estes argumentos nunca poderão proceder¹⁷⁶. Bem sabemos que não cabe ao Direito Penal tratar das condições de vida do indivíduo, mas nestes casos não podemos aceitar que alguém tenha de viver uma vida inteira em internamento restritivo por este motivo. Nestes casos, será necessária a parceria com os cuidados psiquiátricos continuados, para que o indivíduo possa ser transferido para um ambiente menos rígido e restrito onde poderá passar de melhor forma os seus dias. Pense-se, a este propósito, para além de outros casos, na situação de indivíduos com demência que são em cada vez maior número por força do envelhecimento da população prisional/internada^{177 178}.

Apesar de falarmos de pessoas que eventualmente careçam de um internamento ou colocação em instituição, defendemos que a institucionalização deverá ser evitada o mais possível e que deverá ser dada progressivamente autonomia ao indivíduo, não se prolongando o internamento mais do que o estritamente necessário. Neste sentido, referimo-nos ao movimento atual europeu de desinstitucionalização. A este propósito, a Convenção Europeia dos Direitos da pessoa com deficiência¹⁷⁹, no seu art. 19º, estabelece o direito à pessoa com qualquer deficiência a viver de forma independente e a ser incluída na comunidade, devendo por conseguinte o Estado criar soluções para a inclusão dos indivíduos na comunidade, especialmente naqueles casos em que estes estão sozinhos, não contando com qualquer auxílio familiar¹⁸⁰. Neste sentido, o Plano Nacional de Saúde Mental 2007-2016, apresentado em 2012, determina como um dos objetivos primordiais promover a integração dos cuidados de saúde mental no sistema geral de saúde, quer a nível dos cuidados primários, quer dos hospitais e dos cuidados continuados, para que diminuam as institucionalizações dos doentes. Uma das metas para 2020 é aumentar o número de lugares para cuidados continuados integrados de saúde mental¹⁸¹. No entanto, parece que ainda não será suficiente. Será preciso diversificar as respostas, de modo a evitar a institucionalização e, sobretudo, será necessária uma comunicação entre o sistema de justiça e o sistema de saúde para que os indivíduos que cumprem uma medida de segurança e precisem destes cuidados não fiquem num limbo entre o

¹⁷⁶ Vieira, 2002, pp. 93 e 94.

¹⁷⁷ Cfr. entrevista em anexo.

¹⁷⁸ Vários estudos sugerem que o processo de envelhecimento é mais acelerado quando as pessoas se encontram em reclusão, veja-se <https://www.themarshallproject.org/2015/08/24/do-you-age-faster-in-prison>.

¹⁷⁹ Convenção adotada na Assembleia Geral das Nações em 13/12/2006 e ratificada por Portugal por resolução da Assembleia de República n.º 56/2009.

¹⁸⁰ A Croácia apresenta várias soluções para a desinstitucionalização dos indivíduos. Cfr. <https://www.hrw.org/report/2010/09/23/once-you-enter-you-never-leave/deinstitutionalization-persons-intellectual-or>.

¹⁸¹ Retirado de <https://www.dgs.pt/>.

internamento de segurança e a possível e necessária inclusão nos cuidados de saúde psiquiátricos continuados.

Entendemos ainda que em todos os casos deverá decorrer um período obrigatório de liberdade para prova. Atualmente, a liberdade para prova (art. 94º CP) é aplicada aquando da revisão da medida de internamento, considerando-se que, apesar da perigosidade do indivíduo, o tratamento poderá ser realizado em ambulatório. No entanto, com esta solução poderá acontecer que o agente seja restituído totalmente à liberdade sem passar por esta fase. Deste modo, consideramos que seria de grande importância, quando o agente apresenta já uma perigosidade muito reduzida, e poderá em breve ser colocado em liberdade, passar por este período obrigatório de liberdade para prova, para mais facilmente se fazer a passagem para a liberdade total. Igualmente, nos casos de internamentos prolongados, aproximando-se o internamento do seu limite máximo, antes que este seja atingido deverá o indivíduo ser colocado em liberdade para prova (caso não estejam presentes os requisitos do internamento da LSM).

Por fim, deverá promover-se a articulação entre o sistema judicial e o sistema de saúde de modo a que, quando o indivíduo termine o seu internamento, seja acompanhado na área de residência pelos serviços de saúde adequados, frequentando a consulta de especialidade. Consideramos ainda que poderá ser muito útil, para evitar a reincidência, que seja estabelecido um sistema assistencial de visita, especialmente caso o indivíduo não frequente as consultas a que está adstrito, de modo a averiguar o seu estado, para que não entre em estado grave de descompensação, sendo este mecanismo puramente voluntário completamente extrínseco ao direito penal. Trata-se de uma resposta puramente social, mas que poderá auxiliar na prevenção da reincidência, aplicando-se, se necessário, o internamento compulsivo¹⁸².

Sabemos que, idealmente, devemos atuar na prevenção e não posteriormente. Neste sentido, deverá ser fomentada uma política de acompanhamento da saúde mental dos cidadãos, tal como de qualquer outra doença física, não se estigmatizando quem padece destas anomalias, compreendendo-as como uma outra qualquer patologia.

Sendo o direito também ele conformador, exercerá aqui uma função importante para a eliminação do estigma associado à relação entre doença mental e violência, tornando eventualmente mais fácil a inserção do indivíduo que padeça de uma anomalia psíquica na sociedade.

¹⁸² A este propósito, Almeida, et al., 2013. Este estudo demonstra a clara importância de um acompanhamento assistencial.

Conclusão

A doença mental foi desde sempre motivo para o tratamento penal diferenciado, em muitos aspetos negativamente, ficando as pessoas que dela padecem sujeitas a internamentos prolongados, afastando-as dos outros membros da sociedade por serem, supostamente, mais perigosas.

Ao longo dos tempos, às pessoas com doença mental foram sendo reconhecidos direitos fundamentais, que nunca lhes deveriam ter sido negados, pois que tal como qualquer outra pessoa saudável, são seres humanos, cuja dignidade deverá sempre ser garantida e preservada.

Deste modo, o Direito Penal será a resposta adequada para as situações em que os inimputáveis cometem um crime, assegurando-se as garantias a que têm direito.

Contudo, o art. 92º/3 abre a porta a situações de internamentos tendencialmente perpétuos que não podem, de todo, ser aceites. Pense-se no caso dos imputáveis: atingido o fim da pena a que foi condenado, o indivíduo é restituído à liberdade sem qualquer consideração acerca da sua aptidão para voltar a integrar a sociedade, pois evidentemente os bens jurídicos da comunidade devem ser protegidos, mas assumimos o risco de não se atingir o ponto ideal da sua proteção, desde logo de modo a não constranger exageradamente os direitos do indivíduo que esteve preso.

Sabemos também a partir de estudos científicos que, apesar da anomalia psíquica ser um fator de risco, existem muitos mais fatores de risco e que, no seu conjunto, a anomalia psíquica se dilui como fator de risco.

Deste modo, sendo claro que os princípios fundamentais do Estado de Direito, tais como os da legalidade e da proporcionalidade, se aplicam sem restrições a estes indivíduos, e tendo ainda em consideração o princípio da igualdade, não se poderão aceitar medidas de segurança tendencialmente perpétuas.

Desta forma, defendemos a inconstitucionalidade do art. 92º/3 do CP e a inconstitucionalidade material do art. 30º/2 da CRP. Consideramos que deverá ser estabelecido um limite máximo que nunca poderá ser ultrapassado, salvaguardando-se as situações em que o indivíduo careça de tratamento em internamento, através da LMS, que prevê mesmo o internamento compulsivo, preenchendo-se os seus pressupostos e seguindo-se o procedimento estabelecido nessa mesma lei.

Será importante também a relação entre o sistema de saúde e o judicial para que se possam manter os tratamentos e acompanhamento que se considerem necessários e adequados, promovendo-se sempre a desinstitucionalização do indivíduo.

O problema para o qual tentámos encontrar uma solução é ainda mais complexo porque a resposta a dar àqueles que praticam crimes está também, em grande parte,

relacionada com o estigma associado à doença mental. O problema deverá então começar a resolver-se a montante, com a normalização dos cuidados de saúde mental.

Apesar de termos estes aspetos em consideração, atrevemo-nos aqui a tentar colocar uma peça para a diminuição da estigmatização e para o respeito dos direitos fundamentais destes indivíduos, fazendo valer-se a CRP, proibindo de todo e por completo as medidas de segurança perpétuas ou tendencialmente perpétuas.

Anexo

Entrevista ao Dr. Hernâni Vieira, Diretor do Estabelecimento Prisional de Santa Cruz do Bispo e Presidente da Associação Portuguesa de Psiquiatria e Psicologia Forense.

Qual a sua opinião acerca da solução atual quanto ao limite máximo, ou inexistência deste, da medida de segurança de internamento de inimputáveis?

A grande questão que se põe é que não há prisão perpétua, mas temos indivíduos há mais de trinta anos aqui. Não estão em prisão perpétua porque não são presos, são internados inimputáveis, mas acabam por ficar aqui para sempre. Perdem os laços, são felizes cá dentro, o que é um paradoxo e uma tristeza, e vão ficando aqui até ao fim dos seus dias.

Como entram, mas não saem, vão-se criando também sucessivamente níveis mais altos de sobrelotação.

Há atualmente uma grande discussão de saúde mental, que está pela primeira vez a ser discutida de forma séria, e existe uma comissão para tratar da questão dos inimputáveis. O CEP diz claramente que se deve cumprir a medida preferencialmente em hospitais e nós concordamos com isto, acontece assim em Lisboa com o Júlio de Matos e em Coimbra com o Sobral Cid. Aqui também devia acontecer com o Magalhães Lemos, mas não acontece, porque existe Santa Cruz do Bispo. No Norte da Europa há uma integração praticamente completa no sistema nacional de saúde, em Portugal é diferente.

Fala-se agora da chamada desinstitucionalização.

Veja, anteriormente as prisões eram colocadas no centro das cidades, como acontecia antigamente no centro do Porto, onde estava o hospital de Santo António, os tribunais, a escola médica e a prisão. O sofrimento era visível pela comunidade. Mas agora dá-se o afastamento das prisões do centro, o que também afasta as próprias famílias.

A desinstitucionalização é um pouco isso, tirar a carga totalitária e criar a normalidade das instituições.

Neste caso, a desinstitucionalização da clínica faz-se retirando a estrutura carcerária, passando-se para os hospitais, reforçando-se a segurança destes.

Este momento é um momento de viragem histórico, porque há várias críticas em termos internacionais, a problemática existe, é um problema do Estado e das pessoas.

Os agentes têm consciência da duração tendencialmente indeterminada deste internamento?

Muitos têm essa noção, escrevem sobre isso. Sofrem com isso.

Nós utilizamos os visitantes, voluntários que vêm e os levam a passear, a comer, a ver o mar e até à própria casa. Tentamos integrá-los em saídas dadas pelo juiz do TEP, que muitas vezes são de dez horas, sair de manhã e vir a seguir ao almoço, e é a forma de eles saírem. Anteriormente – agora é mais difícil por dificuldades económicas – íamos com grupos ao parque biológico de Gaia ou à praia de Leça.

A última estatística dava valores baixíssimos de apoios às visitas, muito pouco.

Têm consciência do que fizeram, do porquê de lhes ser aplicada esta medida?

Sim, e acontece que grande parte dos crimes são cometidos no seio familiar, bizarras, a família afasta-se muito deles. Quando caem na “real” por força das terapêuticas e se apercebem da sua solidão e daquilo que fizeram, são momentos complicados.

Parece-lhe que os internamentos prolongados têm efeito negativo na ressocialização?

Sim, claro, até porque depois acontece o fenómeno da institucionalização, estão bem aqui, querem estar aqui. Criam laços connosco, uns com os outros, com funcionários e visitantes, e existem mesmo situações em que são colocados noutras instituições e regressam.

O que se poderá fazer?

Aqui temos uma unidade casa de transição, para uma aproximação à liberdade

Contribuindo para a desinstitucionalização, não tem grandes grades. Temos lá entre 12 a 13 indivíduos com capacidade de autonomia, dando passos para poderem funcionar lá fora.

As questões da desinstitucionalização vão no sentido de instituições mais abertas, que permitam aquilo que são cuidados continuados.

Indivíduos com 50 anos, com longas encarcerações, demonstram mais cedo sinais de envelhecimento, e é pior nos doentes mentais, em que a medicação acaba por deteriorar o seu estado de saúde. Tornam-se necessários cuidados continuados.

Será necessário tentar encontrar instituições mais abertas, sem características coativas, para que tenham aquilo que são cuidados continuados.

Tem de haver instituições direcionadas para isto, integradas no sistema nacional de saúde, tal como lá fora. Os hospitais psiquiátricos também têm de ter cuidados continuados, para que em última análise estas pessoas sejam felizes.

A verdade é que alguns deles até poderiam passar a regime de prova, mas porque não têm apoio familiar não há juiz que ordene.

Parece-lhe que ainda existe preconceito no que toca à doença mental?

Sim, sim. No caso da doença física, a família aproxima-se. Na doença mental não é assim, continua a haver muito estigma. Aliás, 60% dos internados recebe no máximo uma visita por ano, sendo que muitos deles nem uma visita recebem.

Mesmo lá fora não há reunião praticamente nenhuma em que não se diga que a saúde mental é o parente pobre da medicina. É horrível dizer isto, mas ninguém quer investir nisto, ninguém vota, mas enquanto pessoas solidárias não podemos deixar ninguém para trás.

Mas é possível viver uma vida perfeitamente normal com uma doença mental, certo?

Da mesma forma quanto à doença física, também existem doentes mentais completamente inseridos na sociedade. Mas aqui estão pessoas que não tiveram apoio nenhum. Com a medicação e sem consumo de álcool ou outras substâncias, podem viver uma vida completamente normal.

Bibliografia

ALBERGARIA, P. S. de (2006). *A lei da saúde mental: Lei n.º 36/98, de 24 de julho anotada*. Coimbra: Coimbra Editora.

ALBUQUERQUE, P. P. de (2010). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.ª Edição. Lisboa: Universidade Católica Editora.

— (1994). *Introdução à actual discussão sobre o problema da culpa em Direito Penal*. Coimbra: Almedina.

ALMEIDA, C. P. de (2000). *Modelos de inimputabilidade: Da teoria à prática*, reimpressão da 1.ª Edição. Coimbra: Almedina.

ALMEIDA, F., MOREIRA, D., MOURA, H. & MOTA, V. (2013). *Psicose esquizofrénica e recidiva criminal – A importância dos programas de acompanhamento em ambulatório dos inimputáveis*. Repositório Científico do ISMAI.

ALVES, S. M. (2016). A execução da medida de segurança privativa da liberdade: Um olhar sobre a enfermaria de segurança do Centro Hospitalar Psiquiátrico de Lisboa. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 26, n.º 104.

ANDRADE, J. C. V. de (2000). O internamento compulsivo de portadores de anomalia psíquica. Em AA.VV. *A lei de saúde mental e o internamento compulsivo*. Coimbra: Coimbra editora.

ANDREWS, D. A. & BONTA, J. (1998). *The psychology of criminal conduct*. Cincinnati, OH: Anderson Pub.

ANTUNES, M. J. (1998). Alteração ao sistema sancionatório: As medidas de segurança. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 8, Fase 1.ª, Janeiro-Março.

— (2015). *Consequências jurídicas do crime*, 2.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

— (2002). *Medidas de segurança de internamento e facto de inimputável em razão de anomalia psíquica*. Coimbra: Coimbra editora.

ANTUNES, M. J. (1993). O internamento de imputáveis em estabelecimento destinado a inimputáveis: Os arts. 103º, 104º e 105º do Código Penal de 1982. *Studia Iuridica*, n.º 2. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

ANTUNES, M. J. (2003). O passado, o presente e o futuro do internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 13, n.º 3, Julho-Setembro.

BELEZA DOS SANTOS, J. (1946). Nova organização prisional portuguesa: Alguns princípios e realizações. *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 22.

BRANDÃO, N. (2000). Limites de duração da medida de segurança de internamento: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12/04/2000. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 10, fase 4.ª, outubro-dezembro.

CANOTILHO, J. & MOREIRA, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa anotada*, 4.ª Edição revista. Coimbra: Coimbra Editora.

CHAMMAH, M. (2015). “Do we age faster in prison?”. *The Marshall Project*. Retirado de <https://www.themarshallproject.org/2015/08/24/do-you-age-faster-in-prison>.

CORREIA, E. (1945). A doutrina da culpa na formação da personalidade. *Revista de Direito e Estudos*, Ano I, n.º 1.

— 2007. *Direito Criminal*, reimpressão do vol. 1. Coimbra: Almedina.

COSTA, J. (2011). A relevância jurídico-penal das perturbações da personalidade no contexto da inimputabilidade. *Julgar*, n.º 15.

COWEN, P. HARRISON, P. BURNS, T. & FAZEL, M. (2018). *Shorter Oxford textbook of psychiatry*, 7.ª Edição. Oxford. Oxford University Press.

DIAS, J. DE F. (2012). *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I: *Questões fundamentais, a doutrina geral do crime*, 2.ª reimpressão da 2.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

— 2005. *Direito penal português: As consequências jurídicas do crime*, reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora.

— 1995. *Liberdade, culpa e direito penal*, 3.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

— 1998. Sobre a inimputabilidade jurídico-penal em razão de anomalia psíquica: A caminho de um novo paradigma? *Conferência na Faculdade de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela*, 25/04/1989. Santiago de Compostela.

DIREÇÃO GERAL DA SAÚDE (s.d.). *Serviço Nacional de Saúde*. Retirado de <https://www.dgs.pt/paginas-de-sistema/saude-de-a-a-z/programa-nacional-para-a-saude-mental/orientacoes-programaticas.aspx>.

FACULDADE DE LETRAS DE COIMBRA. (s.d). *Ordenações afonsinas*. Retirado de <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>.

FAZEL, S., GULATI, G., LINSELL, L., GEDDES, J. R. & GRANN, M. (2009). *Schizophrenia and violence: Systematic review and meta-analysis*. Retirado de <http://journals.plos.org/plosmedicine/article/authors?id=10.1371/journal.pmed.1000120>.

FERREIRA, M. C. de. (2010). *Lições de direito penal: Parte geral*, reimpressão. Coimbra: Almedina.

FERRI, E. (1982). *Principii di diritto criminale*. Turim: UTET.

GASPAR, A. H. & ANTUNES, M. J. (1997). Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: Caso Silva Rocha c. Portugal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 7, Fase 1.ª, janeiro-março.

HARRIS, A., & LURIGIO, A. (2007). *Mental illness and violence: A brief review of research and assessment strategies in aggression and violent behavior*. Amsterdão: Elsevier.

JESCHECK, H. H. (1993). *Tratado de derecho penal: Parte general*. Granada: Comares.

LATAS, A. J. & VIEIRA, F. (2004). *Notas e comentários à lei de saúde mental*. Coimbra: Coimbra Editora.

MCRAE, A. (2010). “Once you enter, you never leave”: Deinstitutionalization of persons with intellectual or mental disabilities in Croatia. New York, NY: Human Rights Watch. Retirado de <https://lcn.loc.gov/2011414098>.

MIRANDA, J., MEDEIROS, R. & SILVA, G. M. da. (2010). *Contituição da República Portuguesa anotada – Tomo I*, 2.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

MONTEIRO, C. L. (1997). Perigosidade de inimputáveis e “in dubio pro reo”. *Studia Iuridica*, n.º 24, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

PRADO, A. M. & SCHINDLER, D. (2017). A medida de segurança na contramão da Lei de Reforma Psiquiátrica: Sobre a dificuldade de garantia do direito à liberdade a pacientes judiciais. *Revista Direito GV*. Retirado de <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v13n2/1808-2432-rdgv-13-02-0628.pdf>.

RABINOWICZ, L. (1928). *Mésures de sûreté*. Paris.

Rosa, M. C. (1995). *La función de delimitación de injusto e culpabilidad en el sistema del derecho penal en fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*. Barcelona: Bosch.

ROXIN, C. (1997). *Derecho penal parte geral – Tomo I – Fundamentos: La estructura de la teoría del delito*, tradução da 2.ª Edição alemã. Madrid: Civitas.

— 1966. *Sentido y límites de la pena estatal*. (S.l.) : JuS.

SANTOS, M. S. & HENRIQUES, M. L. (2008). *Código de Processo Penal anotado*, vol. I , 3.ª Edição. Lisboa: Rei dos Livros.

TAIPA DE CARVALHO, A. (2011). *Direito penal parte geral: Questões fundamentais. Teoria geral do crime*, reimpressão da 2.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

— 2008. *Sucessão de leis penais*, 3.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

TEIXEIRA, M. F. B. (1935). *Medidas de segurança: Ensaio de uma teoria jurídica*. Lisboa.

UNITED NATIONS (s.d.). Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD). Retirado de <https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>.

VEIGA, A. M. (2014). “Concurso” de crimes por inimputáveis em virtude de anomalia psíquica: “cúmulo” de medidas de segurança? *Julgar*, n.º 23.

VIEIRA, F. M. (2002). A violência na sua interface jurídico-psiquiátrica. In Oliveira, G. (coord.) *Temas de Direito da Medicina 1*. Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora.

Maus-tratos a Idosos em Lares

Joana Fernandes Cardoso

Sob a orientação da Professora Doutora Paula Ribeiro de Faria

Aos meus Pais e à minha Avó.

“Mundus senescit – o mundo está a envelhecer. A humanidade entrou na sexta e última idade da vida: a velhice. Mas este progresso para trás é no entanto um processo unilinear que privilegia as sociedades, mesmo em sentido negativo.”

- Jacques Le Golf

Agradecimentos

Um especial agradecimento à Prof.^a Doutora Paula Ribeiro de Faria, pelas orientações, sugestões e disponibilidade dadas ao longo deste percurso.

Aos meus pais e irmão, pelo apoio incondicional, por me motivarem e possibilitarem que lute sempre pelos meus sonhos, tendo a certeza que nunca irei agradecer o suficiente por tudo o que me proporcionam.

Ao Dr. João Sevivas, com grande gratidão pelo enorme contributo que teve para a elaboração deste estudo, com a sua ajuda e a sua sabedoria.

Aos meus patronos, Dra. Joana Sevivas e Dr. João Sousa Rodrigues, pela compreensão e pela ajuda com as quais sempre pude contar, e que foram fundamentais.

Ao André, pelo afeto, pela dedicação, e por ser o meu porto de abrigo.

A todos os meus amigos, pelo companheirismo e apoio com que sempre me presentearam.

Resumo

As pessoas idosas, enquanto grupo populacional que sofre das mais diversas fragilidades, não encontra no nosso ordenamento jurídico uma menção que se dirija a si de forma específica. Cabendo em conceitos expressos pela lei, nomeadamente pelo Código Penal, e vendo os seus bens jurídicos previstos na Constituição da República Portuguesa, não há dúvidas de que merecem tutela penal. A situação dos idosos que residem em lares é específica. Importa, então, analisar em que termos se poderão responsabilizar os lares e seus funcionários pela prática de maus-tratos a idosos, de acordo com o nosso Código Penal. Será o nosso ordenamento jurídico suficiente para defender as pessoas idosas e os seus interesses, enquanto faixa etária cada vez mais crescente na nossa sociedade? É o que nos propomos analisar.

Palavras-chave: Idosos; lares; maus-tratos.

Abstract

Elderly people, as a population group suffering from the most diverse fragilities, do not find in our legal system a mention that addresses them specifically. Fitting in concepts expressed within the Law, namely within the Penal Code, and having their legal assets foreseen in the Constitution of the Portuguese Republic, there is no doubt that they deserve adequate criminal protection. The situation of the elderly living in nursing homes requires specific attention. It is important to analyse in what terms these homes and their respective employees can be held responsible for the maltreatment of the elderly, in accordance with our Penal Code. The question is: is our legal system sufficient to defend the elderly and their interests as an increasingly growing group in our society? This is what we propose to analyse herein.

Keywords: Elderly; nursing homes; maltreatment.

Lista de siglas e abreviaturas

AA.VV.	Autores vários
Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
APAV	Associação Portuguesa de Apoio à Vítima
AR	Assembleia da República
Art.	Artigo
CC	Código Civil
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
Cit.	Citado
CNEVC	Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida
Consult.	Consultado
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
MP	Ministério Público
N.º	Número
OMS	Organização Mundial da Saúde
P(p).	Página(s)
PC	Pessoas Coletivas
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

ÍNDICE

Introdução	8
1. Situação atual dos idosos no país	8
1.1. O envelhecimento demográfico	8
1.2. A discriminação da terceira idade	9
1.3. Enquadramento legal da situação do idoso	11
2. O problema: os maus-tratos a idosos em lares	14
2.1. O bem jurídico tutelado pelo art. 152.º-A CP	15
2.2. A especial relação entre vítima e agressor	17
2.3. Vítima especialmente vulnerável	18
2.4. Punição	20
2.5. Evolução legislativa	25
2.6. Obstáculos à responsabilização criminal	28
3. Direito comparado	29
Conclusões	32
Notas finais	39
Bibliografia	40

Introdução

O presente trabalho centrou-se no estudo dos maus-tratos a idosos perpetrados em lares destinados à sua residência. É inegável que a população idosa está cada vez mais presente na nossa sociedade. Como são inegáveis as fragilidades que advêm com o envelhecimento, e que, associadas à visão negativa generalizada pela sociedade em relação às pessoas mais velhas, levam à sua discriminação.

Discriminação que, posteriormente, se revela em atos de maus-tratos ou de negligência, muitas vezes através de condutas por todos nós aceites como usuais e praticadas por quem tem obrigação de cuidar delas.

Começaremos o presente trabalho com uma abordagem à situação atual dos idosos em Portugal, onde serão explanados o envelhecimento demográfico, a discriminação da terceira idade e o enquadramento legal do idoso.

Só assim poderemos entrar naquilo que é o cerne deste estudo: os maus-tratos sobre idosos em lares, onde será explicada a aplicação do art. 152.º-A CP, bem como a responsabilização pelo cometimento deste facto ilícito.

De modo a proporcionar uma perspetiva daquilo que já foi feito para melhorar a situação atual dos idosos, mencionar-se-ão alguns projetos de leis e outras medidas desenvolvidas, observando a sua aplicação, ou não.

Serão apontados alguns motivos para a inexistência de jurisprudência relativamente a este crime e para o reduzido número de denúncias, evocando o contexto em que as vítimas se encontram.

Por fim, será feito um breve levantamento daquilo que está concretizado noutros ordenamentos jurídicos.

Pretende-se, com este estudo, alertar para a precária situação dos idosos no nosso país, fazendo com que ganhe relevância a nível legislativo, político e social. Todos nós precisamos de repensar a visão que atribuímos às pessoas idosas.

1. Situação atual dos idosos no país

1.1. O envelhecimento demográfico

O conceito de envelhecimento demográfico desenvolve-se a partir de três faixas etárias. A primeira até aos 15 anos, a segunda entre os 15 e os 64 anos e, por último, a terceira que diz respeito à faixa etária superior a 65 anos. São categorias que dizem respeito às fases do ciclo da vida: a fase jovem, a ativa e a idosa. Ou seja, as pessoas consideram-se idosas a partir dos 65 anos, pelo menos em termos demográficos, por ser a idade tida como usual para a reforma.¹ Não obstante, não pode ser negado que o

¹ Rosa, 2012, p. 23.

envelhecimento é vivido de forma diferenciada de indivíduo para indivíduo, isto é, cada pessoa sente marcas de envelhecimento em diferentes idades.²

O fenómeno do envelhecimento demográfico assola todas as sociedades desenvolvidas. Portugal não escapa a essa realidade, tendo o índice de envelhecimento vindo a aumentar de ano para ano. Estamos a falar de uma percentagem de população com mais de 65 anos que passou de 27,5%, em 1961, para 157,4% em 2018. Consequentemente, temos um número de idosos cada vez mais elevado em relação aos jovens existentes, o que implica às sociedades a necessária modificação de políticas de modo a salvaguardar este crescente número da população.³ Como causas para este envelhecimento apontam-se a redução da mortalidade e da fecundidade.⁴

Considerado um problema social, resta saber se esta conceção se deve apenas ao aumento da população idosa ou ao papel que nós, enquanto sociedade, atribuímos àquela faixa etária.⁵

1.2. A discriminação da terceira idade

Existe um termo que traduz a discriminação contra as pessoas idosas: *ageism*⁶, que em português se traduz por *idadismo*. Indica, segundo Sibila Marques, as “atitudes e práticas generalizadas em relação aos indivíduos, baseadas somente numa característica – a idade”. Assim, o termo pode ser usado tanto nos casos em que a discriminação é feita em relação aos mais jovens, como para os casos em que o grupo afetado são as pessoas idosas, que parece ser o que mais acontece em Portugal.⁷ Considera a autora que as atitudes idadistas, quando praticadas contra pessoas idosas, assumem três componentes essenciais. Em primeiro lugar, associa-se o idadismo aos estereótipos atribuídos às pessoas idosas, quando percecionadas como grupo homogéneo que sofre de incapacidades e de doenças. A segunda componente essencial diz respeito aos preconceitos e sentimentos de desdém, de piedade ou de paternalismo que se ligam ao envelhecimento. Por último, o idadismo preenche-se também com as atitudes propriamente ditas de discriminação, como os maus-tratos.⁸ Para além dos maus-tratos, existem outras atitudes discriminatórias não tão evidentes, como o excesso de ajuda, que embora bem-intencionadas podem levar à dependência e à incapacidade. Temos, ainda,

² É o denominado “envelhecimento biopsicológico”, como trata Rosa, 2012, p. 20.

³ Como demonstra tabela sobre o índice de envelhecimento. Retirada de <https://www.pordata.pt/Portugal/Indicadores+de+envelhecimento-526>.

⁴ Devidamente explanado em Rosa, 2012, pp. 29-33.

⁵ Rosa, 2012, p. 24.

⁶ O conceito foi utilizado pela primeira vez em 1969 para explicar as reações negativas que a construção de um empreendimento imobiliário para pessoas idosas suscitou, tendo-se chegado à conclusão de que seriam motivadas pelas pessoas acreditarem que tal construção poderia diminuir o valor e o prestígio da vizinhança, apenas pela idade dos inquilinos (Marques, 2011, p. 18).

⁷ Marques, 2011, p. 18.

⁸ Marques, 2011, pp. 18-19.

o difícil acesso a certos serviços de que sofre a população mais envelhecida que traz como consequência a dificuldade em aceder à saúde⁹.

Os maus-tratos às pessoas idosas, em inglês *elder maltreatment*, abarcam por isso uma multiplicidade de atitudes ditas *idadistas*. Segundo a OMS, traduzem-se numa conduta ou omissão isolada ou repetida, praticada em relação de confiança, e que tem como consequência o prejuízo, ou o mal-estar da pessoa idosa.¹⁰

Estudos realizados demonstram que o *idadismo* é um problema grave e presente em Portugal, tendo em conta que 53% dos portugueses consideram a discriminação pela idade muito frequente e como um fenómeno que tem vindo a aumentar.¹¹ Muitos consideram mesmo a discriminação pela idade como a mais sentida pelos portugueses, mais do que a discriminação por sexo ou por etnia¹². Demonstrou-se que 20,8% das pessoas entre os 65 e os 79 anos e 31,6% com idade superior a 80 anos já se sentiram discriminadas em razão da idade. Em relação à prática de maus-tratos, insultos e recusa em serviços, 15,9% das pessoas entre os 65 e os 79 anos e 26,8% com mais de 80 anos já foram vítimas desses atos. Percentagens semelhantes em relação aos mesmos dois grupos atrás mencionados no que diz respeito a pessoas que já foram tratadas com pouco respeito, que foram ignoradas ou alvo de paternalismos (19,9% para as pessoas entre os 65 e os 79 anos e 30,6% para as pessoas com mais de 80 anos).¹³

A nível europeu, constatou-se que aproximadamente 4 milhões de pessoas idosas terão sofrido maus-tratos no período de um ano¹⁴, conclusão que vem contrariar a ideia enraizada de que a população mais jovem é mais fácil de vitimizar do que as pessoas adultas. Existem riscos específicos que decorrem da especial dependência e vulnerabilidade deste grupo populacional, facilitando a prática de maus-tratos e de negligência, seja por familiares, seja por funcionários dos lares ou de outras instituições que prestam assistência.¹⁵

A violência contra as pessoas idosas, enquanto fenómeno cada vez mais presente nas sociedades, deve-se às mudanças dos valores sociais e do estatuto da população mais velha, população que anteriormente gozava de reconhecimento social, respeito e poder pela sabedoria que lhe era atribuída pela sua experiência de vida.¹⁶

⁹ Marques, 2011, p. 20.

¹⁰ APAV, 2010. Retirado de <http://apav.pt/idosos/index.php/manual-titono>, consult.

¹¹ Comissão Europeia, “Special Eurobarometer 317”, Discrimination in EU in 2009, 2009. Retirado de http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_317_en.pdf.

¹² O European Social Survey de 2009 relata que 17% dos portugueses consideram a idade a principal forma de discriminação, 13% consideram ser o sexo e 11% a etnia. Cit. por Marques, 2011, pp. 19-20.

¹³ European Social Survey de 2009, cit. por Marques, 2011, pp. 19-20.

¹⁴ OMS, European Report on Preventing Elder Maltreatment, 2011, Prefácio (vii). Retirado de http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0010/144676/e95110.pdf. Relatório dirigido à população europeia com mais de 60 anos e que se baseou em estimativas realizadas ao longo de um ano, com o objetivo de alertar para a presença dos maus-tratos a idosos no continente europeu.

¹⁵ Faria, 2015, pp. 30-31.

¹⁶ APAV, 2010, pp. 43-44. Retirado de <http://apav.pt/idosos/index.php/manual-titono>, consult.

1.3. Enquadramento legal da situação do idoso

Em Portugal, apesar de já se ter por assente o envelhecimento demográfico como um fenómeno social, nunca se chegou a delinear uma política integrada que reconheça a necessidade de atualizar o nosso ordenamento jurídico de maneira a proteger as pessoas idosas. Não há qualquer ligação nos diversos ramos de Direito, parecendo que a própria legislação ignora este problema, considerando Barroso que temos um conjunto de diplomas incoerente, medidas descoordenadas que não tutelam os direitos da população mais velha. Ignora-se a “mudança estrutural e irreversível da denominada sociedade grisalha”.¹⁷ Vamos, de seguida, analisar os normativos legais dirigidos às pessoas idosas nos vários diplomas.

Começando pela Constituição da República Portuguesa, consagra-se a proibição de discriminação no art. 13.º CRP, normativo onde não se encontra expressa a discriminação em razão da idade. Tal acaba por ter consequências muito negativas para aquela faixa etária, como a liberalização de atitudes e práticas discriminatórias.¹⁸ O primeiro preceito legal a fazer menção expressa à população idosa é o art. 63.º CRP, onde se garante o direito à segurança social a todos os cidadãos, acautelando-se no seu n.º 3 a proteção desse direito nos casos de velhice.¹⁹ A expressão *terceira idade* foi adotada no art. 67.º, n.º 2, al. b) e no art. 72.º, ambos da CRP. De acordo com aqueles preceitos, a política da terceira idade deverá ter como objetivo a garantia da segurança económica das pessoas idosas e a sua integração social. Estas disposições são criticadas, nomeadamente, por Leal²⁰, apontando o facto de se colocar a política da terceira idade ao lado do desenvolvimento de uma rede nacional materno-infantil.²¹ Renato Barroso considera que o artigo 67.º dispõe de uma epígrafe desajustada e que invoca uma política que nunca chegou a ser criada.²² Paula Faria considera que, apesar da existência deste artigo, de já terem sido aprovadas medidas legislativas para a proteção de pessoas idosas e dependentes, e das várias recomendações europeias para a adoção de políticas de proteção dos direitos dos mais vulneráveis, o próprio legislador parece propiciar a discriminação contra a população envelhecida.²³ Orientações gerais que acabaram por

¹⁷ Barroso, 2014, pp. 117-118.

¹⁸ Barroso, 2014, p. 120.

¹⁹ AA. VV. Estado e políticas sociais sobre a velhice em Portugal (1990-2008), *Análise Social*, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, SciELO, jul. 2012. Retirado de http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0003-25732012000300005.

²⁰ (Leal, 1998,) cit. por AA. VV. Estado e políticas sociais sobre a velhice em Portugal (1990-2008), *Análise Social*, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, SciELO, jul. 2012. Retirado de http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0003-25732012000300005.

²¹ AA. VV – Estado e políticas sociais sobre a velhice em Portugal (1990-2008), *Análise Social*, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, SciELO, jul. 2012. Retirado de http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0003-25732012000300005.

²² Barroso, 2014, p. 118.

²³ Faria, 2015.

não se mostrar suficientes para uma expressão legislativa a nível nacional da tutela dos direitos das pessoas idosas.²⁴

Pode-se, ainda assim, concluir pelo merecimento de tutela penal quanto aos direitos das pessoas idosas, por estarem salvaguardados o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio de natureza fundamental (art. 1.º CRP), bem como a proteção à integridade física e moral das pessoas, independentemente das circunstâncias pessoais de cada indivíduo (art. 25.º CRP).²⁵ Tais normativos, juntamente com a CEDH²⁶ e a Carta Social Europeia, impõem o gozo dos direitos e liberdades. O art. 14.º CEDH proíbe qualquer ato discriminatório. Apesar de não estar especificada a preocupação atinente às pessoas idosas neste último normativo legal, o TEDH já se pronunciou sobre este assunto e entende que o conceito de discriminação utilizado naquele artigo abarca a discriminação pela idade.²⁷ O art. 23.º da Carta Social Europeia prevê o direito das pessoas idosas à proteção social, onde lhes é garantido, nas situações em que residam em lares, uma assistência adequada, através do respeito pela vida privada e da participação na determinação das condições de vida na instituição.²⁸

Ao nível do Direito Penal, quando o idoso é vítima considera-se que há um maior desvalor social da conduta do agente, uma maior ilicitude e, por isso, uma agravação do juízo de censura sobre ele.²⁹ Na qualidade de sujeito passivo, a pessoa idosa poderá ser tida como pessoa particularmente indefesa em razão da idade. Assim, vamos começar por analisar em que normativos legais está este grupo de pessoas consagrado, atentos os arts. 132.º, 152.º, 152.º-A, 155.º e 158.º do CP. Esta especial vulnerabilidade é também fator agravante nos crimes contra o património, como consta dos arts. 204.º n.º 1 al. d), e 218.º n.º 2 al. c), ambos do CP.

O primeiro artigo que faz referência a pessoas particularmente indefesas, no nosso CP, é o art. 132.º n.º 2 al. c), que prevê o crime de homicídio qualificado. Dispõe este normativo, que é suscetível de revelar especial censurabilidade ou perversidade, a morte que for produzida contra pessoa particularmente indefesa, em razão, nomeadamente, da idade. O fundamento da vulnerabilidade em razão da idade constitui exemplo-padrão contemplado na al. c). Neste caso, o agente tem de aproveitar a circunstância da vítima estar indefesa para cometer o homicídio.³⁰

²⁴ CNECV, 80/CNECV/2014, *Parecer sobre as vulnerabilidades das pessoas idosas, em especial das que residem em instituições, memorando*. Retirado de http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1413212959_Parecer%2080%20CNECV%202014%20Aprovado%20FINAL.pdf, e também Faria, Os crimes praticados contra idosos, 2015.

²⁵ Faria, 2015.

²⁶ CEDH. Retirado de https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf.

²⁷ Faria, 2015.

²⁸ Publicado in *Diário da República*, 1 – Série-A n.º 241 (17 Outubro 2001). Retirado de http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/copy_of_anexos/carta-social-europeia8496/downloadFile/file/STE_163.pdf?nocache=1200589188.48.

²⁹ Barroso, 2014, p. 120.

³⁰ Silva, 2017, p. 77.

O crime tipificado no art. 152.º CP confere uma especial proteção aos cenários de intimidade familiar. Têm de estar em causa relações conjugais ou análogas, entre pais e filhos, ou relação de qualquer outra natureza, ligada ou não por vínculo de parentesco, desde que com a vítima coabite. O tipo incriminador revela-se, portanto, específico, exigindo especiais qualidades para o agente, as quais assentam numa relação específica com a vítima. Consagra-se, neste caso, a possibilidade de aplicação de penas acessórias, o que permite uma censura acrescida sobre a prática do ato pelo agente e, em simultâneo, uma maior proteção da vítima.³¹

Quando os maus-tratos contra os idosos sejam praticados em lar, por não existir relação familiar ou equiparada, nem coabitação, não integra esta conduta a previsão do art. 152.º CP. A especial relação entre o agente e a vítima assenta noutras qualidades, previstas no art. 152.º-A CP, onde se contempla a responsabilização criminal para a prática daqueles atos. Por ser o cerne da questão aqui em estudo, irá ser analisado mais adiante.

Temos ainda a agravação das molduras penais dos crimes previstos nos arts. 153.º (crime de ameaça) e 154.º (crime de coação), ambos do CP, através da previsão do art. 155.º CP, agravação aplicada em situações em que as condutas tipificadas naqueles tipos legais forem praticadas contra pessoa particularmente indefesa. Temos ainda o art. 158.º CP, onde se prevê o crime de sequestro, que na sua al. e) do n.º 2 tutela também as pessoas particularmente indefesas, aumentando-se a moldura penal aplicável. Por fim, este desvalor da conduta do agente, que depois se espelha numa maior responsabilização, está também previsto para os crimes contra o património. É o caso do crime de furto qualificado (art. 204.º, n.º 1 al. d) CP) e o crime de burla qualificada (art. 218.º, n.º 2 al. c) CP).

No que diz respeito ao Direito da Família e ao Direito Sucessório, consagram realidades já ultrapassadas. Estamos a falar de uma noção de família conservadora, ainda influenciada pela tradição judaico-cristã, assente numa relação de lealdade e de cooperação entre descendentes e ascendentes, onde muito dificilmente se pode deserdar um filho, mesmo que este não contribua para o bem-estar dos seus pais.³² Estão contemplados, no Código Civil, os deveres de pais e filhos, no art. 1874.º, e a obrigação de alimentos, no art. 2009.º.³³ Tutelava este diploma legal a incapacidade, através dos institutos de interdição (arts. 138.º e ss-) e de inabilitação (arts. 152.º e ss.), que se mostravam insuficientes no que toca às pessoas idosas.³⁴ Estes institutos foram

³¹ Silva, 2017, pp. 208-314.

³² Barroso, 2014, p. 125.

³³ Informação evidenciada no Projeto de lei n.º 744/XIII/3a do CDS-PP. Retirado de <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=42083>.

³⁴ CNECV, 80/CNECV/2014, *Parecer sobre as vulnerabilidades das pessoas idosas, em especial das que residem em instituições, memorando.* Retirado de

eliminados com a Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, que veio alterar o Código Civil, criando o regime dos maiores acompanhados, alteração que consideramos ser muito positiva, concretamente no que às pessoas idosas diz respeito, por salvaguardar melhor os seus interesses e o exercício dos seus direitos, depositando neste regime a esperança de que seja apenas o início de mais mudanças no nosso ordenamento jurídico em prol deste grupo populacional, bem como da sua conceção tanto na lei como na nossa sociedade, deixando-se assim de se associar genericamente a idade à incapacidade.

Existe no nosso ordenamento jurídico a possibilidade de se manifestar, antecipadamente, o que se pretende ao nível dos cuidados de saúde a receber, ou não, através do testamento vital previsto na lei n.º 25/2012 de 16 de julho. Este instrumento acautela a situação em que o idoso já não consiga expressar de forma autónoma a sua vontade no que diz respeito aos tratamentos a que se quer, ou não, sujeitar.

Ao nível do Direito do Trabalho, dá-se proteção à maternidade e à paternidade, mas parece desprezar-se as situações em que os trabalhadores necessitam de prestar cuidados aos seus ascendentes. Há uma clara preferência normativa dos descendentes sobre os ascendentes, que beneficiam de uma tolerância que não existe quando a necessidade de prestar cuidados é devida aos ascendentes.³⁵

No Direito Fiscal, o Estado continua a privilegiar o internamento do idoso em instituições, através da sua relação com o contribuinte e dos benefícios fiscais. Com um apoio domiciliário que acarreta tantas ou mais despesas àquelas respostas, dificulta-se a escolha adequada, que é a de manter a pessoa idosa em sua casa.³⁶

O Novo Regime de Arrendamento Urbano acaba por ser mais prejudicial para as pessoas idosas do que o anterior, tendo em conta o aumento de renda e a possibilidade de alteração do contrato.³⁷

2. O problema: os maus-tratos a idosos em lares

Em Portugal, o crime de maus-tratos surgiu pela primeira vez com o CP de 1982 sob a epígrafe de “maus-tratos ou sobrecarga de menores e de subordinados ou entre cônjuges”.³⁸ Com o tempo, verificou-se ser necessária a punição criminal de maus-tratos praticados contra pessoas idosas, pelo que a reforma penal de 1995 alargou o espetro dos sujeitos passivos, passando a contemplar “Quem, tendo a seu cuidado (...) pessoa diminuída por razão da idade, doença” (art. 152.º n.º1 CP de 1995). Esta reforma veio tentar dar resposta aos inúmeros casos de maus-tratos físicos ou psíquicos contra idosos

http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1413212959_Parecer%2080%20CNECV%202014%20Aprovado%20FINAL.pdf.

³⁵ Barroso, 2014, p. 118.

³⁶ Barroso, 2014, p. 118.

³⁷ Barroso, 2014, p. 118.

³⁸ Carvalho, 2012b.

ou doentes praticados, muitas vezes, nos lares de terceira idade.³⁹ Mas foi a revisão ao CP de 2007 a mais significativa, por ter dividido o art. 152.º CP em três tipos legais distintos. Distingue-se agora as situações de violência doméstica no art. 152.º CP, de maus-tratos no art. 152.º-A CP, e de violência laboral no art. 152.º-B CP. Hoje, é possível distinguir claramente o crime de violência doméstica do crime de maus-tratos, importando no último caso a relação institucional.⁴⁰ A revisão de 2007 veio igualmente trazer uma novidade importante no que diz respeito ao assunto aqui em estudo, que é a responsabilização das pessoas coletivas e equiparadas pelo crime de maus-tratos.⁴¹

O conceito de maus-tratos aqui tratado expressa uma conduta praticada contra pessoa idosa que ocorre num contexto de confiança e viola os direitos humanos. Abarca os mais variados tipos de maus-tratos: físicos, materiais, psicológicos e negligência.⁴² Para Teresa Magalhães, mau-trato é “qualquer forma de comportamento lesivo físico ou emocional não accidental e inadequado, resultante de disfunções e/ou carências nas relações entre a vítima e o agressor, que surge numa relação de confiança e ou de responsabilidade, assente em comportamentos ativos ou passivos geralmente reiterados”.⁴³

Do normativo legal retiram-se, desde logo, alguns requisitos para a sua aplicação neste contexto: o facto de o ato ter de se traduzir num mau-trato, seja ele físico ou psíquico, dando como exemplos os castigos corporais, as privações de liberdade e o tratamento cruel; a pessoa que praticou o ato ser cuidadora do idoso; e, por último, a vítima tratar-se de uma pessoa particularmente indefesa em razão da idade. Vamos então analisar cada um dos requisitos e tentar perceber como é que se deixam enquadrar pelas condutas e circunstâncias aqui em causa.

2.1. O bem jurídico tutelado pelo art. 152.º-A CP

O bem jurídico tutelado por este tipo legal é a integridade física da pessoa humana.⁴⁴ Este bem jurídico já sofreu uma evolução terminológica, passando de “ofensa corporal” prevista no CP de 1886, para “integridade física”, termo ainda hoje usado, para que se tornasse mais abrangente e pudesse consagrar, além do bem-estar corporal, a saúde física e psíquica. A OMS define saúde como “um estado completo de bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou de enfermidade”.⁴⁵

³⁹ Carvalho, 2012b.

⁴⁰ Carvalho, 2012a.

⁴¹ Carvalho, 2012a.

⁴² Silva, I. (s.d.), pp. 249-273. Alerta a autora para o facto de ainda não estar consagrado entre nós um conceito único para definir os maus-tratos a idosos, nem haver muitos estudos sobre o cometimento destes atos.

⁴³ Cit. por Silva, F., 2017, pp. 302 e 303.

⁴⁴ Bem jurídico que tem relevância constitucional, uma vez que o direito à integridade moral e física está consagrado no art.º 25.º CRP.

⁴⁵ Silva, F., 2017, p. 233.

Obrigatório é que o dano causado pela conduta seja suficientemente expressivo para assumir relevância.⁴⁶

São maus-tratos físicos, nomeadamente, os comportamentos que se traduzem em sobrecarga física, agressões graves ou reiteradas. Relativamente aos maus-tratos psíquicos, Paulo Pinto de Albuquerque alerta tratar-se de condutas que, apesar de poderem ser praticadas de forma mais intensa e mais grave, são difíceis de serem detetadas ou de serem provadas, o que não significa, no entanto, que sejam menos gravosas para a vítima. Exemplifica com humilhações frequentes, ofensas à honra, e situações que criam permanentemente medo, causando à vítima um constante estado de perturbação psíquica e mental.⁴⁷ O art. 152.º-A CP autonomiza ainda outros comportamentos suscetíveis de integrarem o crime, que são os castigos corporais, as privações de liberdade, as ofensas sexuais e o tratamento cruel.⁴⁸

Para além de proteger a integridade física, o tipo legal tutela ainda a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual e a honra.⁴⁹ Pode falar-se, no fundo, de uma tutela à integridade pessoal, por este conceito já abranger uma dimensão sentimental do afeto e da confiança.⁵⁰

A APAV fez já uma listagem de exemplos de maus-tratos suscetíveis de se verificarem em lares da terceira idade.⁵¹ Divide as práticas pelo tipo de direitos violados: ao nível da alimentação e bebida, exemplificando o “não oferecer variedade na comida e na bebida”; ao nível do vestuário, o vestir os idosos com roupas de pessoas já falecidas; ao nível do confinamento, fechando as portas do centro para que as pessoas idosas não possam sair; ao nível da restrição sensorial, não permitindo por exemplo a privacidade das pessoas idosas; ao nível da supervisão técnica, permitindo nomeadamente que o regulamento do centro não seja cumprido; ao nível das amenidades, tendo divisões demasiado frias ou quentes; ao nível da segurança, por ter um equipamento elétrico degradado; ao nível da privacidade, não permitindo que estejam a sós com os seus familiares; ao nível da higiene pessoal, deixando as pessoas sujas durante elevado tempo; ao nível do tratamento do corpo, vestindo-as de forma bruta, empurrando-as, entre outros; ao nível do respeito pela sexualidade da pessoa idosa, não respeitando o pudor e os valores morais de cada pessoa; ao nível da comunicação, quando mentem e causam intrigas entre pessoas; da gestão patrimonial, cobrando dinheiro por despesas obrigatórias, por exemplo.

⁴⁶ Silva, F., 2017, p. 235.

⁴⁷ Albuquerque, P. P., Artigo 152.º-A, 2015.

⁴⁸ Silva, F., 2017, pp. 314-317.

⁴⁹ Albuquerque, P. P., Artigo 152.º-A, 2015.

⁵⁰ Albuquerque & Paz, 2016.

⁵¹ APAV, 2010. Retirado de <http://apav.pt/idosos/index.php/manual-titono>, consult.

Condutas estas que na sua maioria não integram o crime de ofensa à integridade física ou psíquica previsto no art. 143.^o e no art. 144.^o, ambos do CP, mas que merecem tutela penal e, por isso, integram o crime de maus-tratos previsto no art. 152.^o-A CP.

2.2. A especial relação entre vítima e agressor

Trata-se de uma relação de subordinação da vítima em relação ao agente no plano assistencial, educativo ou laboral.⁵² Protege-se a relação de dependência ou de subordinação que liga o agente, pela função por ele assumida de garante e de supremacia, em relação à vítima, pela fragilidade e dependência em que se encontra, relação esta verificada por parte de quem trabalha nos lares com os idosos que lá residem.⁵³

A gravidade exigida nos comportamentos para integrarem o crime previsto no art. 152.^o-A CP verifica-se pela especial violação do dever de garante incumbido ao agente. Estão em causa os casos em que o agente tinha obrigação de atuar sobre outra pessoa de modo a prestar-lhe proteção, auxílio e cooperação, mas, ao invés, comete sobre essa pessoa um ato que lesa a sua integridade física de forma significativa. O juízo de gravidade assenta, por isso, na especial relação entre agente e vítima onde se acrescenta à obrigação de garante uma posição de supremacia sobre a vítima pelas condições em que se encontra.⁵⁴

Trata-se de um crime específico, devido à exigência destas qualidades especiais do agente e da sua relação especial perante a vítima.⁵⁵ Pode-se tratar de um crime específico próprio nos casos em que esta relação é o fundamento do próprio ilícito, isto é, nos casos em que as condutas não são em si mesmas consideradas como criminosas, ou impróprio, nas situações em que a relação apenas agrava o ilícito, por exemplo nas “privações de liberdade”, por já constituírem crimes ainda que não exista esta relação.⁵⁶

Esta especial relação pode comunicar-se aos participantes que a não possuam nos termos do art. 28.^o CP. É esse o entendimento de Figueiredo Dias, de Silva Dias e de Paulo Pinto de Albuquerque. Mas tal entendimento não é consensual, diferindo nomeadamente Taipa de Carvalho, entendendo que “a relação entre a vítima e o agente não se comunica por a intenção do legislador ter sido a de reagir especificadamente aos comportamentos entre as pessoas com os deveres tipificados”.⁵⁷

Esta especial relação não se assemelha, no entanto, às circunstâncias que se exigem para qualificar um homicídio praticado contra pessoa especialmente vulnerável em razão

⁵² Carvalho, 2012b. O conceito desta relação no âmbito do DP decorre “do exercício de uma função em que o agente atua com poderes de ordenação (no sentido de direção fáctica) da conduta da vítima” (Albuquerque, P. P., Artigo 163.^o, 2015, anotação 16).

⁵³ Silva, 2017, pp. 314-317.

⁵⁴ Silva, 2017, pp. 302-303.

⁵⁵ Silva, 2017, pp. 314-317.

⁵⁶ Albuquerque, P. P., Artigo 152.^o-A, 2015.

⁵⁷ Albuquerque, P. P., Artigo 152.^o-A, 2015.

da idade, previsto no art. 132.º n.º c). Neste último caso, o agente tem de se aproveitar da fragilidade da vítima, por se exigir no tipo legal uma especial censurabilidade e perversidade. É esse o entendimento jurisprudencial, nomeadamente do STJ, no seu ac. de 18 de março de 2015.⁵⁸ Estes dois critérios não estão tipificados no art. 152.º-A CP, não se exigindo a sua verificação, mas apenas a especial relação entre o agente e vítima. De qualquer forma, a nosso ver, alguém a quem se incumbe um dever de garante e pratica maus-tratos sobre a pessoa a quem está obrigado a cuidar mostraria sempre uma especial censurabilidade. Mas, felizmente, o tipo legal não deixa mais margens para dúvidas, facilitando a tarefa de quem aplica o Direito.

Não obstante o papel primordial que o prestador de cuidados desempenha nos lares, através da sua função e na deteção da *vitimização*, pela relação próxima que detém com o idoso, muitos destes profissionais não têm formação adequada. Tal leva a que o trabalho seja rudimentar, improvisado e realizado de forma insensível.⁵⁹ No regulamento da Segurança Social⁶⁰, onde se contemplam condições para os lares de idosos, observa-se logo os baixos requisitos quanto à formação destes profissionais. Exigem-se apenas a idade mínima de 18 anos e a escolaridade mínima obrigatória. Referem que se deve ter em conta a experiência profissional e a formação para com os idosos, não sendo, porém, critério obrigatório. Bem como não é obrigatória a participação em formações úteis ao desempenho das suas funções. E, para além da falta de formação profissional, há a elevada carga de trabalho. Estamos a falar de um auxiliar técnico para 8 idosos durante o dia, e para 20 no período noturno. De um enfermeiro por cada 40 utentes. A isto somam-se os baixos rendimentos e o elevado horário de trabalho de que sofrem estes auxiliares. Não concordamos que estes requisitos sejam suficientes para assegurar níveis adequados de qualidade no funcionamento do lar.

2.3. Vítima especialmente vulnerável

O CNECV considera o enquadramento legal insuficiente para a proteção dos direitos e das vulnerabilidades que advêm do envelhecimento, isto para a generalidade dos idosos, e distingue a situação do idoso residente em lar como uma situação específica.⁶¹ É necessária e adequada uma proteção especial e acrescida dos direitos dos idosos que se encontrem a residir em lares, que terá de se equilibrar sempre entre a tutela

⁵⁸ Ac. retirado de <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/69f7ad0ea68b13c280257e0e00370c4d?OpenDocument&Highlight=0,pessoa,particularmente,indefesa,em,raz%C3%A3o,da,idade>.

⁵⁹ APAV, 2010, pp. 101 e 102. Retirado de <http://apav.pt/idosos/index.php/manual-titono>.

⁶⁰ Direção-Geral da Ação Social, *Lar para Idosos*, Lis., Dez. 1996. Retirado de http://www.seg-social.pt/documents/10152/51499/Lar_idosos/573aed6a-0b92-4b99-9f75-doce46359bob.

⁶¹ CNECV, 80/CNECV/2014, *Parecer sobre as vulnerabilidades das pessoas idosas, em especial das que residem em instituições, memorando*. Retirado de http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1413212959_Parecer%2080%20CNECV%202014%20Aprovado%20FINAL.pdf e também Faria, 2015.

da autonomia e o auxílio, o respeito pela liberdade e a vontade de se isolar, bem como o respeito pela privacidade e o incentivo a participar nas atividades coletivas. São exigências éticas específicas de quem acompanha e presta cuidados a idosos que residem em lares.

Neste momento, o que o nosso ordenamento jurídico prevê é o conceito de vítima especialmente vulnerável em razão da idade, onde se poderão integrar as pessoas idosas. Pessoas especialmente vulneráveis em razão da idade são as que se encontram numa situação de especial fragilidade devido à sua idade precoce ou avançada⁶². São consideradas vítimas de maus-tratos as pessoas que estão sob orientação do agressor, por se encontrarem especialmente desprotegidas, ou indefesas, face à atuação do agente em razão da idade. Autonomiza-se, assim, as relações entre quem tem ao seu encargo outra pessoa que se encontra em estado de especial fragilidade e, por isso, merece que se salvguarde em especial o seu interesse quando a outra pessoa viola a sua obrigação e se aproveita da situação da vítima.⁶³

Em termos práticos, como se aplica o critério da especial vulnerabilidade? Na impossibilidade de encontrar um acórdão que refletisse a realidade dos maus-tratos a idosos em lares, serão usados outros em que também se prevê a especial vulnerabilidade em razão da idade. Começamos pelo ac. do STJ de 26 de novembro de 2016, onde está em causa o crime de homicídio qualificado previsto e punido pelo art. 132.º CP. Deste ac. retira-se que entra nesse conceito quem “em razão da idade (...), não tem capacidade de movimentos, destreza ou discernimento para tomar conta de si e, logo, para verdadeiramente se defender de uma agressão, encontrando-se numa situação de completa ausência de defesa.”⁶⁴ Diz-nos, porém, este mesmo acórdão que a vítima de 75 anos não pode ser considerada como pessoa particularmente indefesa, por ser autónoma e ter conseguido oferecer resistência ao arguido. Defende-se que não é por haver uma “superioridade em razão da idade que se pode inserir a vítima em pessoa particularmente indefesa em razão da idade”. Exige-se uma atitude mais distanciada dos valores, considerando o STJ que, naquela situação, a avançada idade não vai para além de uma agravante de carácter geral.

No ac. de 25 de março de 2015, diz-nos o STJ que a vítima é uma pessoa especialmente indefesa “não só pela avançada idade, como sobretudo pela doença de que sofria e pela situação de internamento no hospital, que a fazia depender em absoluto de

⁶² Albuquerque, P. P., Artigo 152.º-A, 2015.

⁶³ Silva, F., 2017, pp. 314-317.

⁶⁴ Ac. retirado de <http://www.gde.mj.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2e9792602226c75b80257f310057019f?OpenDocument>.

terceiros para todos os cuidados e que a punha à mercê de qualquer pessoa”⁶⁵. À semelhança do primeiro ac. referido, está em causa o crime de homicídio qualificado, desta vez na forma tentada, em que a agente administrou sucessivamente à vítima, seu cônjuge, raticidas e rodenticidas.

Na nossa opinião, os idosos que residem em lares preenchem automaticamente aquele conceito de pessoa especialmente vulnerável contemplado no CP. Desde logo, os idosos naquele contexto estão numa situação em que o seu discernimento e/ou a sua capacidade para cuidar de si não estará em pleno, caso contrário não iriam deixar as suas casas, preenchendo o que nos diz o primeiro critério do acórdão citado – a falta de discernimento para tomar conta de si. Ainda em relação ao primeiro acórdão, e por uma interpretação *a contrario*, a pessoa idosa que more num lar nunca será totalmente autónoma, uma vez que as suas rotinas e as suas atividades são estabelecidas por outras pessoas. Têm de se submeter aos horários predefinidos e, em muitos casos, os seus poderes de decisão são muito reduzidos, pois os próprios funcionários tendem a não respeitar a sua autonomia, através da infantilização e do paternalismo com que a eles se dirigem. Ainda que a pessoa idosa, apesar de estar a residir num lar, se encontre perfeitamente capaz de tratar de si, nunca será verdadeiramente autónoma, por tudo o que já foi referido e pelo simples facto de não estar no seu meio habitual. Este conjunto de fatores leva a que aquele pressuposto de dependência referido pelo STJ nos seus dois acórdãos se encontre desde logo e automaticamente preenchido no caso específico dos idosos residentes em lares.

O nosso ordenamento jurídico consagrou o Estatuto da Vítima na lei n.º 130/2015, de 4 de setembro. Nesse mesmo diploma, atribui-se o estatuto da vítima especialmente vulnerável nos termos do art. 20.º da lei n.º 130/2015. À vítima considerada como especialmente vulnerável é-lhe concedida uma série de direitos previstos no art. 21.º do mesmo diploma legal, de forma a garantir a salvaguarda do seu bem-estar na tramitação do processo penal. O próprio CPP consagra um normativo para a vítima, no art. 67.º-A CPP, que, na sua al. b) do n.º 1, define qual a vítima que pode ser definida como especialmente vulnerável pela sua fragilidade resultante, nomeadamente, da sua idade.

2.4. Punição

O ponto de partida para a responsabilidade penal de quem maltrata um idoso residente em lar está no art. 152.º-A CP, o qual exige dolo por parte de quem pratique aquele ato tipificado.⁶⁶ O dolo verifica-se quando se preenchem os seus elementos

⁶⁵ Ac. . retirado de <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5ef1b7e08b5ca9fb80257e1400417908?OpenDocument&Highlight=o,pessoa,particularmente,indefesa,em,raz%C3%A3o,da,idade>.

⁶⁶ Albuquerque, P. P., Artigo 152.º-A, 2015.

intelectual e volitivo. O elemento intelectual consiste no agente conhecer todos os elementos ou circunstâncias que constituem o tipo de ilícito objetivo.⁶⁷ No caso do art. 152.º-A, exige-se que o agente conheça a identidade da vítima.⁶⁸ Já o elemento volitivo afirma-se quando ao conhecimento dos elementos, ou das circunstâncias, se junte a vontade ou a conformação com a realização do facto típico por parte do agente.

Nos termos do art. 10.º CP, admite-se a punição de quem pratique o ato por omissão, distinguindo-se entre dois tipos de omissão: omissão enquanto conduta, que leva à materialização do crime de maus-tratos, e aquela que imputa o crime de maus-tratos a quem tem o dever jurídico de garante sobre a vítima e nada faz para impedir que outra pessoa pratique atos de maus-tratos. Para haver responsabilidade jurídico-penal pelo resultado provindo de uma omissão, é necessário estarmos perante um concreto tipo legal de crime e o agente estar vinculado a um “dever jurídico específico de ação”.⁶⁹ Só alguns agentes são suscetíveis de ser responsabilizados pela comissão por omissão, uma vez que nem toda a gente está juridicamente obrigada a salvaguardar a vida de outras pessoas.⁷⁰ Estes agentes estarão vinculados ao dever de garante, por existir entre eles e a vítima uma situação real de dependência. No caso de maus-tratos a idosos em lares, o fundamento para a posição de garante baseia-se na assunção de funções de guarda e assistência por parte do agente, que tem de garantir a não verificação de resultados típicos que lesem bens jurídicos dos utentes do lar.⁷¹

Existem três categorias de responsáveis penais neste tipo legal. Em primeiro lugar, temos o agente que no âmbito funcional da pessoa coletiva comete diretamente o crime. Em segundo, o agente que está num cargo hierárquico-funcional de vigilância sobre quem praticou o ato, uma vez que sobre ele recai o dever jurídico de garante da não ocorrência de maus-tratos previsto no art. 10.º, n.º 2 CP. Por último, pode ser responsável a pessoa coletiva. Pode acontecer serem consideradas as três categorias como culpadas e atribuída a consequente responsabilidade penal.

Admite-se responsabilização das pessoas coletivas e equiparadas pelo crime de maus-tratos nos casos em que o agente se encontra numa posição de subordinação em relação à pessoa coletiva, tendo esta uma posição de liderança e de autoridade.⁷² Ora, tal situação enquadra a realidade dos lares de idosos, quando esta instituição viole os deveres de vigilância ou de controlo a que está obrigada.⁷³ Esta responsabilização tornou-se necessária exatamente pelo crescente número de idosos a recorrerem a estas

⁶⁷ Carvalho, 2016, p. 328.

⁶⁸ Albuquerque, P. P., Artigo 152.º-A, 2015.

⁶⁹ Faria, 2017, pp. 148 e 149.

⁷⁰ Faria, 2017, p. 151.

⁷¹ Dias, 2007, pp. 939-943.

⁷² Requisitos previstos no art.º 11.º, n.º 2 als. a) e b) CP.

⁷³ Carvalho, 2012a.

instituições, tornando-as propícias à verificação do crime aqui em causa.⁷⁴ Apurando-se a responsabilidade criminal da PC, aplicam-se as penas dos arts. 90.º-A e ss. CP. O art. 90.º-A CP prevê a aplicação das penas principais de multa e de dissolução no seu n.º 1 e as penas acessórias de injunção judiciária, de interdição do exercício da atividade, de proibição de celebrar certos contratos ou contrato com determinadas entidades, de privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos, de encerramento de estabelecimento e ainda de publicidade da decisão condenatória (alíneas *a*) a *f*) do n.º 2 do art. 90.º-A CP).

No caso de o dolo se verificar por parte de quem desempenha a função de vigilância sobre o agente que praticou o ato, aplica-se a pena prevista no art. 152.º-A, n.º 1 CP, a qual pode ser atenuada em concordância com o disposto no art. 10.º, n.º 3 CP. Neste caso, não sobram dúvidas quanto à sua punição. Diferente será quando o superior atua com negligência. Para o crime de omissão poder ser punido a título negligente, é necessário equiparar à omissão a ação e estar estipulada no normativo legal a possibilidade da sua prática negligente, o que não sucede neste caso.⁷⁵ A prática de um facto ilícito a título negligente traduz-se na violação do dever de cuidado a que o agente está obrigado segundo a padrão médio da sua atividade⁷⁶, que no presente contexto se pode consubstanciar pelo conhecimento ou do não impedimento da prática de maus-tratos, ou da sua continuação por quem está hierarquicamente abaixo de si.⁷⁷

O art. 11.º, n.º 2 al. *b*) CP admite responsabilização da PC, mesmo nos casos em que o incumprimento do dever de vigilância da pessoa individual que desempenha função de liderança na pessoa coletiva seja negligente. Ou seja, mesmo nas situações em que não teve conhecimento de que os maus-tratos foram perpetrados devido ao seu incumprimento, imputa responsabilidade na PC. E se a PC pode ser responsabilizada por comportamentos negligentes de quem tem posição de liderança, poder-se-ia atribuir igualmente responsabilidade criminal por negligência às pessoas que tenham dever de vigilância sobre quem cometeu os atos. Ora, daqui resulta a questão de saber qual a pena aplicável a título de omissão por negligência, conhecendo de antemão que não se poderá aplicar a pena prevista no art. 152.º-A, n.º 1 CP pela sua exigência de dolo. Uma solução possível seria a aplicação de uma das penas previstas para a PC nos arts. 90.º e ss ao agente omitente. No entanto, deveria adequar-se a pena à natureza individual do agente. Porém, esta é uma solução apenas possível do ponto de vista político-criminal, pela necessidade de tutela das consequências por maus-tratos resultantes da negligência de quem detinha dever jurídico de garante. É, no entanto, uma solução que, segundo Taipa

⁷⁴ Albuquerque & Paz, 2016 e Faria, 2017.

⁷⁵ Faria, 2017, p. 134.

⁷⁶ O art.º 15.º CP prevê em que termos se verifica ter havido negligência por quem praticou determinado ato.

⁷⁷ Faria, 2017, p. 134.

de Carvalho, deve ser excluída, pela violação do princípio “*nullum crimen sine poena certa*”.⁷⁸

Quanto aos funcionários dos lares, também estão vinculados a certas condutas através de regulamentos⁷⁹, para além do regulamento de cada instituição. O funcionário que praticar mau-trato a idoso pode ser punido pelo art. 152.º-A CP, assim como pode, se tiver atuado a título negligente, ser responsabilizado pela prática do crime de ofensas à integridade física negligente do art. 148.º CP. Isto porque, violando o dever de cuidado a que está obrigado segundo o padrão médio da sua atividade ou as regras do setor por falta de destreza, de atenção ou de capacidade, conclui-se pela prática de um facto ilícito.⁸⁰ No crime de ofensas corporais, o que se pune não é a ação imprudente em si mesma, mas o facto de, através dela, se ter provocado um resultado na vítima. Pode dizer-se que existem setores e atividades propícios à aplicação da responsabilidade negligente, por haver face ao agente um dever de agir com cuidado.⁸¹ A incriminação da negligência está associada a uma necessidade social que tem em conta a dignidade dos bens jurídicos ameaçados e a dimensão do risco gerado pelas sociedades modernas. Exige ao aplicador de direito uma ponderação de regras de condutas, de comportamentos e de circunstâncias, levando a que a aplicação de direito se torne pouco precisa, o que justifica as preocupações com o cumprimento do princípio da legalidade neste domínio.⁸²

Considera Paula Faria, nos casos em que o dano resulta de uma má escolha dos profissionais cuidadores das pessoas internadas, ou do não cumprimento de condições de higiene ou de alojamento, que se justificaria o reconhecimento pela lei de formas de “culpa funcional”, “direta”, da pessoa coletiva, independentemente da culpa de quem as escolheu.⁸³ Seria como que equiparar ao que já sucede no âmbito da Lei da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado, onde a pessoa coletiva responde pela violação dos seus deveres de cuidado na medida do objetivamente exigível.⁸⁴

Certo é que a categoria que mais facilmente se deixará enquadrar na responsabilidade criminal, tal como ela está prevista, será a do abuso individual, que consiste no cometimento do crime pelo funcionário do lar.⁸⁵

⁷⁸ Carvalho, 2012a, anotação § 25.

⁷⁹ CNIS, Regulamento Interno de Funcionamento Estrutura Residencial para Pessoas Idosas. <http://humanitas.org.pt/wp-content/uploads/2014/06/ERPI-RI-e-CPS-31-03-2015.pdf>; Direção-Geral da Ação Social, *Lar para Idosos*, Lis., Dez. 1996. http://www.seg-social.pt/documents/10152/51499/Lar_idosos/573aed6a-0b92-4b99-9f75-doce46359bob; Portaria n.º 67/2012, de 21 de março, que veio uniformizar toda a legislação existente acerca dos lares residenciais para idosos.

⁸⁰ Faria, 2017, p. 87.

⁸¹ Silva, 2017, pp. 259-261.

⁸² Faria, M. P., 2017.

⁸³ Diferentemente daquilo que é exigido no art.º 11.º, n.º 2 al. a) e b) CP.

⁸⁴ Faria, 2015, pp. 31-33.

⁸⁵ Faria, 2015, pp. 33-34.

Quanto à exclusão da tipicidade, de forma a não haver responsabilidade penal, Paulo Pinto de Albuquerque considera o consentimento da vítima admissível, nos termos gerais, desde que a liberdade da vítima não seja prejudicada pela posição ou dependência em relação ao agente.⁸⁶ Já Taipa de Carvalho considera que, no que diz respeito às pessoas idosas que estejam a residir em lares, “parece dever ter-se por manifesto que nunca, sejam quais forem as motivações, tais castigos deverão considerar-se justificados.”⁸⁷

Existe uma relação de concurso entre o art. 152.º-A CP e os restantes tipos de ofensas à integridade física. Em relação ao art. 143.º CP, nos casos em que os maus-tratos traduzam ofensas causadas na integridade física, a relação existente é de especialidade. O art. 152.º-A CP consagra elementos especializadores, nomeadamente a necessidade de se verificarem características do agente e da vítima, e das circunstâncias em que os maus-tratos são infligidos nas vítimas, fatores que atribuem caráter de maior gravidade ao comportamento do agente. Tal relação já não se afigura nos casos em que as ofensas estejam tipificadas no âmbito do art. 144.º CP, pois os tipos de crime de maus-tratos não preveem o resultado de ofensa grave, devendo o agente ser punido pelo crime mais grave, que acaba por se encontrar numa relação de subsidiariedade em relação aos vários crimes de maus-tratos.⁸⁸

É importante evidenciar que a criminalização deste tipo de comportamentos é fundamental, por muitas condutas não se deixarem enquadrar em mais nenhum tipo legal, nomeadamente no de ofensas à integridade física simples previsto no art. 143.º CP, o que impossibilitaria a sua responsabilização.⁸⁹

Como se procede à denúncia de irregularidades verificadas em lares? Primeiro, importa evidenciar que qualquer pessoa que suspeite da qualidade dos serviços e/ou que determinada resposta social é fornecida ilegalmente tem o dever de denunciar. Esta denúncia pode ser enviada ao Centro Distrital de Segurança Social com uma exposição o mais detalhada possível da situação. No caso de o Centro Distrital de Segurança Social não responder no prazo de 30 dias, deve proceder-se à queixa dirigida ao Provedor de Justiça. Em relação à prática de maus-tratos propriamente dita, como se trata de um crime de natureza pública, qualquer pessoa pode proceder à sua denúncia. Existe uma obrigatoriedade de denúncia para os funcionários, nos termos do art. 242.º, n.º 1 al. b) CPP e art. 386.º CP.⁹⁰

⁸⁶ Albuquerque, P. P., Artigo 152.º-A, 2015.

⁸⁷ Carvalho, 2012a, anotação § 12.

⁸⁸ Silva, 2017, pp. 310-320.

⁸⁹ Carvalho, 2012b.

⁹⁰ APAV, 2010. Retirado de <http://apav.pt/idosos/index.php/manual-titono>.

2.5. Evolução legislativa

Os maus-tratos a idosos começam a ter expressão nas medidas políticas nacionais. Têm-se verificado algumas alterações benéficas, mas o que predomina são as tentativas de mudança no que concerne aos idosos e aos seus direitos, continuando a faltar uma efetiva alteração do seu papel no ordenamento jurídico português.

Foi consagrado um diploma onde se estabelecem as regras de organização, funcionamento e implementação dos lares, através da Portaria n.º 67/2012, de 21 de março⁹¹, de modo a uniformizar a legislação existente até à altura. A avaliação aos lares e a fiscalização pelo respeito das normas previstas neste diploma legal é da competência dos serviços competentes do Instituto da Segurança Social, nos termos do art. 19.º da Portaria n.º 67/2012.

Quanto ao CP, por diversas vezes se tem vindo a tentar alterar a falta de menção expressa dos idosos, de modo a criar-se uma política onde os seus interesses sejam efetivamente tutelados.

Têm vindo a ser apresentados vários projetos de lei, no sentido de se aditar ao CP um artigo com a epígrafe “A ofensa a Pessoa Idosa”,⁹² ou “Ofensas a Vítima Especialmente Vulnerável”⁹³, de forma a que sejam criminalizadas um conjunto de condutas que violam os direitos da pessoa idosa. No que concerne aos idosos residentes em lares, visa-se criar uma punição para os lares que se recusem a aceitar a integração ou permanência de pessoa particularmente vulnerável em razão da idade por não ter aceitado passar procuração a conceder poderes à instituição para gerir o seu património.

Relativamente ao testamento vital, instituto já anteriormente referido, contemplado na lei n.º 25/2012, de 16 de julho, já foi apresentada uma proposta para a sua alteração, com o intuito de alargar a sua dimensão ao planeamento da velhice, deixando de apenas abranger questões relativas à saúde,⁹⁴ almejando uma maior salvaguarda da vontade da pessoa idosa no que diz respeito aos serviços que pretende receber no caso de já não conseguir expressar a sua vontade. Para tal, propõe-se que se inclua na presente lei o consentimento informado para a prestação de cuidados de saúde e sociais, nomeadamente para a prestação de cuidados de apoio domiciliário e para a escolha de estruturas residenciais para pessoas idosas.

⁹¹ Portaria n.º 67/2012, in *Diário da República*, n.º 58/2012, Série I (21 março 2012). Retirado de https://dre.pt/pesquisa/-/search/553657/details/normal?p_p_auth=WDp2lvTk.

⁹² Projeto de lei n.º 746/XIII/3ª, que visou alterar os arts. 11.º, 184.º, 218.º e 250.º CP, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro, e adita-lhe o artigo 210.º-A; e Projeto de lei 62/XIII, apresentado em 2015. Retirado de <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=42083>.

⁹³ Projeto de lei n.º 749/XIII/73a. Retirado de <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=42083>.

⁹⁴ Projeto de lei n.º 745/XIII/3ª apresentado pelo CDS-PP. Retirado de <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=42083>.

Para além destas medidas, outras se têm vindo a desenvolver, também no sentido de se alertar para a necessidade de uma revisão dos quadros jurídicos, de forma a promover os direitos dos idosos e reagir à sua violação. Temos, por exemplo, a medida desenvolvida pela Procuradoria-Geral da República que definiu como um dos objetivos estratégicos do MP para o triénio 2015-2018 a promoção e proteção dos direitos dos idosos. Alerta-se aqui para os desafios colocados face ao MP para que se conjugue à reação penal a instauração de outras providências, nomeadamente de natureza cível.⁹⁵

A dificuldade em alterar a legislação relativa aos idosos e seus direitos será sempre a preocupação subjacente em não se poder confundir a situação dos idosos com a dos incapazes. Diz-nos o CNECV que “a deficiência é uma vulnerabilidade, mas nem todas as vulnerabilidades, como sejam a que decorre da idade, implicam uma deficiência.” A idade não pode ser vista como uma doença incapacitante. Cremos que com a alteração legislativa ao Código Civil trazida pela Lei n.º 49/2018, de 14 de agosto, que consagra o regime dos maiores acompanhados e eliminou os institutos da inabilitação e da interdição, como já anteriormente mencionado, se abriu uma janela à possibilidade de este receio poder ser diminuído, pois alterando-se a conceção da própria incapacidade em pessoas maiores de idade, poderemos com isso levar à mudança daquilo que é a conceção da própria pessoa idosa na nossa sociedade.

Outra preocupação diz respeito à possibilidade de tais normativos virem estigmatizar as instituições e as pessoas que acolhem e cuidam dos idosos. Para o CNEVC, as políticas deveriam concentrar-se no apoio necessário a prestar para que eles possam continuar a residir na sua própria habitação ou, nas situações em que tal não é possível, na habitação dos seus familiares mais próximos. Essa seria a solução para facilitar aos idosos a tomada das decisões que dizem respeito à sua vida pessoal e patrimonial, sem a presença de estranhos no seu dia-a-dia. Recomenda, neste sentido, um “programa de apoio às famílias que cuidam ou desejam assumir o cuidado dos seus idosos”.⁹⁶

O Conselho de Resolução de Ministros n.º 63/2015⁹⁷ apresentou um conjunto de medidas para solucionar esta problemática da violência sobre os idosos. Pacotes e medidas que já se vão prolongando no tempo desde a sua menção, mas que continuam por serem aplicadas. Visam o reforço dos direitos dos idosos, através da sua tipificação expressa e clara, pela adoção de políticas adequadas a protegerem esses direitos, na área

⁹⁵ Retirado do projeto de lei n.º 749/XIII/3a do PAN. Retirado de <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=42083>.

⁹⁶ CNECV, 1.ª Comissão – Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, Assembleia da República, 19 de janeiro de 2016. Retirado de http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1458235259_CNECV%201%C2%AA%20Comissao%20Direitos%20Pessoas%20Idosas.pdf.

⁹⁷ Disponível em https://dre.pt/home/-/dre/70095695/details/maximized?p_auth=bcHsA464 ou <https://dre.pt/application/conteudo/70095695>.

da saúde e da segurança social. Para tal, indicaram-se as seguintes ações que teriam de se desenvolver: consagração no corpo legal de direitos dos idosos, que seriam os direitos de independência, participação, assistência, realização pessoal, dignidade e o direito ao acesso à informação pertinente e adequada, para que se possa efetivamente garantir o exercício pleno dos direitos aos idosos. No que concerne à independência, deve enaltecere-se o direito à autonomia e liberdade de tomar todas as decisões relevantes acerca da vida do idoso, nomeadamente a decisão sobre o local onde resida. Estes direitos só poderão sofrer as restrições estritamente adequadas e proporcionais, prevalecendo sempre a vontade da pessoa idosa. Quanto à participação, deve garantir-se que os idosos possam desenvolver atividades nas suas comunidades e possam integrar associações ou movimentos de idosos. Deve ainda garantir-se assistência na saúde, e apoio social e jurídico suficiente para responder às suas necessidades de forma digna, segura e protetora. Os idosos devem poder ter oportunidades de envolvimento educativo, cultural e recreativo que lhes propiciem bem-estar e realização pessoal plena. Todas as formas de violência, abuso, exploração ou discriminação das pessoas idosas têm de ter respostas adequadas de prevenção e repressão. Apresenta igualmente como medida a de se aditar ao CP um tipo legal que criminalize certas condutas contra pessoas idosas, no mesmo sentido da proposta nos projetos de lei por nós já referidos.

Ainda no sentido de se protegerem os idosos, foi proposta a criação de Comissões de Proteção e Promoção dos Direitos dos Idosos⁹⁸, de forma a prevenir os casos de perigo e de abusos que decorrem da especial fragilidade verificada nas pessoas idosas. Apresentaram-se várias recomendações ao Governo, das quais realçamos: ampliar o Programa Apoio Integrado a Idosos, através de uma intervenção mais direta do Estado na promoção de serviços e verbas; divulgar-se mais o Programa Plano-Avó e outros semelhantes; apoiar as famílias que queiram cuidar dos seus idosos; combater o isolamento e promover a integração dos idosos nas suas comunidades; incutir nos estabelecimentos de ensino a proteção e o respeito pela tutela dos direitos do idoso; consolidar de forma gradual uma rede pública de equipamentos de apoio aos idosos de forma a complementar os equipamentos privados; promover incentivos financeiros e fiscais às famílias para que estas consigam prestar cuidados aos seus idosos; realizar uma avaliação periódica dos equipamentos existentes a apresentar à AR.⁹⁹

⁹⁸ Projeto de Lei n.º 256/VIII. Retirado de <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d76566b6c4a535339305a58683062334d76634770734e5449324c565a4a53556b755a47396a&fich=pjl526-VIII.doc&Inline=true>.

⁹⁹ Projeto de resolução n.º 168/VIII, com vista ao reforço dos direitos dos idosos, que veio fazer várias recomendações ao Governo. Retirado de <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d76566b6c4a535339305a58683062334d76634770794d5459344c565a4a53556b755a47396a&fich=pjr168-VIII.doc&Inline=true>.

No que diz respeito especificamente aos lares, já foi apontada a necessidade de o Governo realizar um estudo focado no envelhecimento e na institucionalização dos idosos. Permitiria contemplar-se o mapa de respostas sociais existentes, quais as práticas realizadas nos lares ao nível, nomeadamente, do respeito pelo bem-estar dos utentes, das qualificações e dos programas de formação dos cuidadores onde se identificassem quais as respostas alternativas à institucionalização.¹⁰⁰

2.6. Obstáculos à responsabilização criminal

O contexto em que são praticados os maus-tratos a idosos em lares traz inúmeros desafios e dificuldades ao nível da justiça. Ao longo do nosso estudo, não nos foi possível encontrar nenhum acórdão referente ao presente assunto. Importa, por isso, refletir sobre esta questão.

Muitas vezes, os maus-tratos mantêm-se no ambiente intrainstitucional, o que compromete, nomeadamente, a prova testemunhal, tendo em conta as características da vítima e o contexto em que o crime é praticado, considerando-se que tal torna a vítima “duplamente indefesa”.¹⁰¹

Há uma série de fatores que contribuem para que seja difícil proceder à consolidação da prova. Muitas vezes, após a denúncia, a vítima vem desdizer o que tinha referido, de forma voluntária ou porque coagida a tal, ou vai perdendo capacidades cognitivas ao longo do processo.¹⁰² Em muitos casos, a pessoa idosa não reconhece a existência da *vitimação*, por ter medo de represálias do agressor, por ter vergonha, por estar a ser alvo de chantagem emocional, ou por ter receio de que ninguém acredite. Trata-se de pessoas que, muitas vezes, não têm conhecimento sobre os seus direitos enquanto vítimas, que estão socialmente isoladas e que dependem do agressor por ser seu prestador de cuidado.¹⁰³

Certamente não será por não haver cometimento deste tipo de crimes. Um estudo¹⁰⁴ demonstrou que, no período compreendido entre outubro de 2011 e outubro de 2012, mais de 300.000 mil portugueses com mais de 60 anos foram vítimas de algum tipo de violência, de onde se compreende, nomeadamente, violência praticada por funcionários. Não faltam, aliás, notícias a reportar abusos sobre pessoas idosas em lares de terceira idade. Notícias, por exemplo, sobre o número estrondoso de lares encerrados

¹⁰⁰ Projeto de Resolução n.º 1305/XIII/3a. Retirado de <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a535339305a58683062334d76634770794d544d774e53315953556c4a4c6d527659773d3d&fich=pjr1305-XIII.doc&Inline=true>.

¹⁰¹ Albuquerque & Paz, 2016, pp. 28 e ss.

¹⁰² Albuquerque & Paz, 2016, pp. 28 e ss.

¹⁰³ APAV, 2010, pp. 75 e ss. Retirado de <http://apav.pt/idosos/index.php/manual-titono>.

¹⁰⁴ Instituto Nacional de Saúde Dr. Ricardo Jorge, *Projeto Envelhecimento e Violência*, Lis. Fev. de 2014. <http://repositorio.insa.pt/bitstream/10400.18/1955/3/Envelhecimento%20e%20Viol%C3%Aancia%202011-2014%20.pdf>.

a mando da segurança social por falta de condições – 118 lares nos 11 meses de 2017, que dá uma média de mais ou menos 10 lares encerrados por mês.¹⁰⁵ Em 2004, levantaram-se 122 autos a lares de idosos por não cumprirem as normas legais de licenciamento e as condições de funcionamento de forma adequada.¹⁰⁶ Mas sem dúvida que a notícia mais alarmante é aquela que vem revelar o estudo da OMS, onde se conclui que Portugal está nos cinco países da Europa que pior trata os idosos.¹⁰⁷ Notícias que relatam a realidade dos idosos em Portugal, onde há uma elevada percentagem de maus-tratos praticados contra eles em lares de terceira idade, sendo que o principal foco dos *media* reside dos lares ilegais, revelando a grande abundância destes no nosso país.

3. Direito comparado

Os EUA e a Grã-Bretanha têm vindo a desenvolver, desde a década de oitenta, medidas legislativas e programas de apoio e proteção de idosos vítimas de abusos. Acredita-se que a aplicação de sanções legais sobre os perpetradores de maus-tratos a idosos constitui uma forma de reduzir e prevenir este tipo de violência. Têm sido promovidas campanhas de aconselhamento dos idosos sobre a necessidade de planificarem os seus direitos, de modo a evitar possíveis explorações financeiras ou outras.¹⁰⁸

Nos EUA, todos os Estados fazem referência, nos seus códigos penais, aos casos de maus-tratos a idosos, o designado *elder abuse*. Mas existem Estados que preveem punição para a vitimização de pessoas mais velhas, por exemplo os Estados da Califórnia, Connecticut, Indiana e Florida. Alguns mencionam expressamente nas suas normas penais o crime de *elder abuse* como um crime específico e separado dos outros. Para além disso, algumas faculdades de direito apostam na formação sobre direitos dos idosos, lecionando-os nos seus cursos. A própria panóplia de livros sobre o assunto é muito mais abrangente do que aquilo que se verifica em Portugal.¹⁰⁹

Em Inglaterra, existe a *Action on Elder Abuse* (doravante *AEA*), um mecanismo que visa proteger os idosos de abusos e negligências, que se estende à Inglaterra, Escócia, País de Gales e Norte da Irlanda, associação que providenciou desde início um serviço personalizado para pessoas idosas, para as suas famílias e para os cuidadores e

¹⁰⁵ “Segurança Social já mandou fechar 118 lares de idosos desde Janeiro”, in *Público* (8 dezembro 2017). Retirado de <https://www.publico.pt/2017/12/08/sociedade/noticia/seguranca-social-ja-mandou-fechar-118-lares-de-idosos-desde-janeiro-1795338>.

¹⁰⁶ “Mais de uma centena de lares sem condições mínimas”, in *tvi24* (7 novembro 2005). Retirado de <http://www.tvi24.iol.pt/amp/idosos/violencia/mais-de-uma-centena-de-lares-sem-condicoes-minimas>.

¹⁰⁷ “Portugal está nos cinco países da Europa que pior trata os idosos”, in *Sábado* (23 fevereiro 2018). Retirado de http://www.sabado.pt/portugal/detalhe/portugal-esta-nos-cinco-paises-da-europa-que-pior-trata-os-idosos?ref=DET_relacionadas_Politica.

¹⁰⁸ Silva, Isabel (s.d.). Envelhecimento e violência contra os idosos, p. 269. Retirado de <http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/3731.pdf>.

¹⁰⁹ Faria, 2015.

profissionais. Testemunharam já muitos casos de abusos, apontando o reduzido número de casos que chegam a ser condenados, e os que são, ficam-se por penas suspensas ou serviço comunitário. Para combater tal, propõe a agravação no crime de abuso de pessoas idosas, considerando a fragilidade das vítimas e as circunstâncias em que o abuso foi cometido. Fazem a comparação da questão da idade na agravação com circunstâncias que já estão tipificadas, como a etnia ou a religião.¹¹⁰ Tem-se verificado, no geral, um trabalho bastante exaustivo no combate à discriminação das pessoas mais velhas.¹¹¹ Esta associação tem grande prevalência a nível europeu por ter avançado com a definição de maus-tratos e de negligência sobre as pessoas idosas, que tem vindo a ser usada pela OMS e outras organizações internacionais.¹¹²

França não tem nenhuma legislação específica sobre o assunto. Contempla uma maior salvaguarda da vulnerabilidade da pessoa, que parece assemelhar-se ao que dispõe o nosso CP, por agravar a pena.¹¹³ No art. 121-3 CP francês prevê-se que, no caso de o agente demonstrar falta de cuidado, negligência ou falta de uma obrigação de vigilância prevista por lei, tal conduta é considerada crime. Ou seja, pune-se o autor que não tenha atuado com as diligências normais, tendo em conta as funções que desempenha. Responsabiliza igualmente as pessoas que não praticaram a conduta, mas criaram ou contribuíram para criar a situação que levou ao cometimento do dano, ou as que não evitaram a sua produção, nos casos em que estejam obrigadas a um dever específico de cuidado previsto por lei. A grande diferença para o que é contemplado em Portugal é o facto de punir o abandono de *pessoa que não consiga proteger-se em razão da idade*¹¹⁴, nos termos do art. 223-3.º CP francês, e isto para o abandono em qualquer local.¹¹⁵

O problema do envelhecimento e da falta de tutela penal que proteja eficazmente as pessoas idosas assola todas as sociedades, onde as críticas e os dados se mostram muito similares. Na Suíça, realça-se o número elevado de notícias que retratam a violência ou a discriminação para com as pessoas idosas, praticadas nos seus domicílios ou em lares e por quem tem a função de cuidar delas. Apontam como motivos para estes comportamentos a falta de profissionais a trabalharem, as más condições de trabalho e a crescente procura de auxiliares de saúde.¹¹⁶

¹¹⁰ *Action on Elder Abuse*. Disponível em <https://www.elderabuse.org.uk/in-england> e <https://www.elderabuse.org.uk/campaigning-in-england>.

¹¹¹ Marques, 2011, p. 18.

¹¹² Santos & Ribeiro, 2014, pp. 131 e 132.

¹¹³ É o caso do seu art.º 222-8, em que resultando morte por atos de violência, em vez de ir até 15 anos, aumenta-se a pena máxima de prisão para 20 anos.

¹¹⁴ “d’une personne qui n’est pas en mesure de se protéger en raison de son âge”.

¹¹⁵ “en un lieu quelconque”.

¹¹⁶ *Plateforme D’Information*, humanrights.ch (15 janeiro 2018). Retirado de <https://www.humanrights.ch/fr/droits-humains-suisse/interieure/groupes/vieillesse/maltraitance-contre-agees-un-tabou>.

É preciso sair da Europa para encontrar um Estatuto inteiramente previsto e criado com a função de proteger os direitos dos idosos. Estamos a falar do Estatuto do Idoso no Brasil¹¹⁷, destinado a todas as pessoas que tenham idade igual ou superior a 60 anos (art. 1.º do Estatuto), de modo a que sejam salvaguardados contra qualquer ato negligente, de discriminação, de violência, de crueldade e opressão, e de maus-tratos. Remete a punição para as punições legais vigentes na lei penal. Pratica maus-tratos quem coloque em “perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado” (art. 99.º do Estatuto). Não obstante a consagração deste estatuto, muitas continuam a ser as dificuldades no que é a perceção da ocorrência deste tipo de condutas e na sua prevenção, bem como na abolição do preconceito presente contra a terceira idade.¹¹⁸ De realçar e louvar é a adoção, no próprio Estatuto, dos princípios pelos quais as instituições têm de se reger, no seu art. 49.º. Princípios que passam pela preservação dos vínculos familiares, pelo atendimento personalizado e em pequenos grupos, pela manutenção do idoso na mesma instituição, salvo em caso de força maior, pela participação do idoso nas atividades comunitárias, de carácter interno e externo, pela observância dos direitos e garantias dos idosos e, ainda, pela preservação da identidade do idoso e oferecimento de ambiente de respeito e dignidade. A instituição que viole estes princípios vê o seu responsável ser alvo de responsabilidade civil e criminal, sem prejuízo de ainda lhe serem aplicadas sanções administrativas.

Não poderemos deixar de elogiar países orientais como a China e o Japão, pela conceção que têm das pessoas idosas e da própria velhice. Esses países privilegiam uma filosofia que se funda no respeito pelos ascendentes e na piedade filial. Consideram as pessoas idosas como modelos éticos e morais que devem ser honrados e seguidos. Nunca desconsideraram a potencialidade das pessoas idosas, mesmo depois da industrialização, tendo havido um papel ativo do Estado na implementação de políticas importantes, como a generalização de uma reforma por velhice e a criação de instituições de apoio a idosos necessitados. Mas, fundamentalmente, é o papel da família que se revela fulcral para esta conceção, que se diferencia muito daquilo que acontece nas sociedades ocidentais. O que se verifica é que a pessoa idosa permanece na habitação dos filhos e netos, podendo desempenhar aí um papel ativo na contribuição da organização da casa e por tomar conta dos netos. Mesmo nos casos dos idosos inseridos em

¹¹⁷ Retirado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm.

¹¹⁸ “Maus-tratos contra idosos à luz da Lei 10.741/03”, in *Blog do advogado Marcelo de Oliveira*. <https://linhasjuridicas.wordpress.com/artigos/maus-tratos-contra-idosos-a-luz-da-lei-10-74103-estatuto-do-idoso/>.

instituições, estes continuam a desempenhar atividades, gerindo pequenos negócios¹¹⁹, tendo assim uma participação ativa na comunidade que faz com que, ao invés de se tornarem um fardo para a sociedade, sejam uma parte essencial da economia e da vida social.¹²⁰

No Japão criou-se, em 1989, um programa¹²¹ que desenvolveu serviços e programas que garantiram a segurança e a dignidade da população idosa, a nível social e da saúde, e apostaram também na investigação sobre a ciência do envelhecimento. A política japonesa sobre o envelhecimento apresenta um aspeto que não se verifica em mais parte alguma, que é o esforço realizado para enriquecer o *ikigai*¹²² dos cidadãos idosos, procurando promover o bem-estar e a realização da comunidade idosa. Nos países ocidentais, o que se verifica é a promoção da independência e autonomia daquela comunidade. A política japonesa exige uma “abordagem abrangente e individualizada às necessidades e aspirações de cada um” e, por isso, revela-se mais ambiciosa que a nossa. São exemplos de políticas que promovem o *ikigai*, ações laborais em tempo parcial, voluntariado e envolvimento em atividades comunitárias que, no fundo, visam promover uma ideia ativa e valiosa das pessoas idosas. O que se verifica no Japão torna-se muito interessante por ser um país altamente industrializado e extremamente desenvolvido ao nível tecnológico que, ainda assim, tudo faz para preservar e garantir a valorização da população mais idosa.¹²³

Conclusões

Não podemos negar a evolução legislativa que se tem vindo a verificar, de forma a acompanhar a perceção de estarmos face a um verdadeiro problema que envolve questões de ordem social, política e jurídica, evolução esta que tem pretendido criar instrumentos de proteção às vítimas, como é exemplo a intervenção da APAV dirigida essencialmente às vítimas de maus-tratos, bem como a criação de medidas processuais. A divisão do art. 152.º CP em três artigos diferentes conseguiu particularizar as condutas e responsabilizar os agentes conforme o grau de desvalor das mesmas, mas revelou-se essencial, sobretudo, pelo facto de os maus-tratos envolverem condutas que podem não se enquadrar no conceito de ofensas à integridade física tipificado nos outros normativos legais que têm por base o mesmo bem jurídico. Neste tipo legal está um conceito mais abrangente, de forma a conseguir abarcar todas as formas de maltratar outra pessoa que

¹¹⁹ Atribui-se aos idosos trabalhos como o transporte de crianças filhas de pais trabalhadores para a escola, serviços de lavandaria e distribuição de leite na comunidade.

¹²⁰ Marques, 2011, pp. 46-48.

¹²¹ “Ten-Year Strategy to Promote Health Care and Welfare for the Aged”, também conhecido como “Gold Plan”.

¹²² Este termo refere-se ao “sentido e propósito da vida”.

¹²³ Marques, 2011, pp. 46-48.

tenham consequências físicas e psíquicas. Uma vez que no art. 152.º-A CP está em causa a proteção de vítimas que estão especialmente desprotegidas face aos seus agressores, o regime jurídico não se limita a prever a punição do agente que pratica este tipo de crime, mas direciona-se, sobretudo, para a proteção da vítima através da criação de um conjunto de regras de natureza substantiva e processual.¹²⁴ Ou seja, tem como função prevenir e punir de maneira mais severa não só as infrações contra a integridade física, mas também aquelas cometidas no âmbito de uma relação entre prestador de cuidado e utente de lar, pelas consequências que têm para a saúde física e psíquica e para o desenvolvimento saudável da personalidade, ou para o bem-estar, do idoso.¹²⁵

Apesar dos normativos já analisados ao longo deste estudo, o CNEVC¹²⁶ evidencia a inexistência de um diploma legal onde estejam previstos os direitos dos idosos e respetiva tutela e, por isso, recomenda a criação de um Estatuto do Idoso¹²⁷. Antonieta Dias, Vice-Presidente da Comissão de Proteção ao Idoso, chega mesmo a referir que “Portugal é o país que menos investe nas pessoas da terceira idade”.¹²⁸ Impõe-se, então, analisarmos várias soluções possíveis.

Trata-se de um problema complexo, uma vez que a proteção dos direitos dos idosos nunca poderá comprometer os seus direitos fundamentais de dignidade pessoal, autonomia e privacidade. Por isso, nunca poderá assemelhar-se à proteção conferida às crianças, que vincula a incapacidade da criança de se proteger e de zelar pelos seus direitos fundamentais.¹²⁹

Concordamos com Paula Faria quando afirma que a idade tem de ser reconhecida como fator que coloca determinada população numa posição específica. Assim, para garantir a igualdade, tem de se regular autonomamente as necessidades de proteção que daí advêm. Se se continuar a ignorar as vulnerabilidades dos mais velhos, nunca será possível defender o seu bem-estar e os seus interesses. O nosso ordenamento já autonomiza o direito das crianças, das mulheres, dos doentes ou dos portadores de deficiência. Não será esta autonomização uma afronta ao princípio da igualdade se não se proteger igualmente, de forma autónoma, outros grupos de pessoas vulneráveis?

¹²⁴ Silva, 2017, pp. 305 e 306.

¹²⁵ Carvalho, 2012a e 2012b.

¹²⁶ CNECV, 80/CNECV/2014, *Parecer sobre as vulnerabilidades das pessoas idosas, em especial das que residem em instituições, memorando*. Retirado de http://www.cnevc.pt/admin/files/data/docs/1413212959_Parecer%2080%20CNECV%202014%20Aprovado%20FINAL.pdf.

¹²⁷ CNECV, 1.ª Comissão – Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, Assembleia da República, 19 de janeiro de 2016. Retirado de http://www.cnevc.pt/admin/files/data/docs/1458235259_CNECV%201%C2%AA%20Comissao%20Direitos%20Pessoas%20Idosas.pdf.

¹²⁸ Expressão que utilizou na conferência prestada no Porto “Reaprender a idade: Contributos interdisciplinares” como notícia o jornal *Sábado*. Retirado de http://www.sabado.pt/portugal/detalhe/portugal-esta-nos-cinco-paises-da-europa-que-pior-trata-os-idosos?ref=DET_relacionadas_Politica.

¹²⁹ Dias, 2010.

Defende a autora a criação de um Direito dos Idosos, de modo a permitir a criação e o reforço de significados sociais através da lei.¹³⁰

Para Renato Barroso, a velhice não pode ser, por si só, um fator redutor da capacidade jurídica, nem uma limitação da autonomia, apesar de admitir o difícil exercício da cidadania para o idoso. Por isso, defende que qualquer comportamento que não respeite ou dificulte a expressão de vontade das pessoas idosas deva ser punido. No entanto, aponta que os direitos dos idosos são os mesmos que se reconhecem a qualquer outra pessoa adulta, não havendo exclusividade nem especialidade. Para o autor, apenas é necessário “assegurar que as razões de eventual atrofia sejam debeladas ou atenuadas”. Recusa a aplicação de um direito *idadista* e discriminatório que leve à identificação das pessoas idosas como um grupo socialmente homogêneo com leis específicas. Defende, sim, a inclusão das pessoas idosas na família e uma integração efetiva onde vivem, seja na comunidade local ou na instituição que lhes presta auxílio, seja na sociedade em geral. Tal inclusão passará pela valorização da sua autonomia, independência, dignidade, participação e acesso a cuidados. O desajuste dos comandos jurídicos e a não harmonização nas várias áreas do direito não justificam, no entender do autor, que se proceda a uma legislação autónoma nem à criação de um estatuto do idoso, como se fez no Brasil. Vê as pessoas idosas como pessoas adultas, diferentes entre si e, por isso, não podem ter subjacente uma designação de conjunto de pessoas vulneráveis, empobrecidas, isoladas e que necessitem de proteção jurídica. No seu entendimento, a velhice deve ser vista como um conjunto de percursos diferenciados que levam a uma intervenção personalizada e não estereotipada. A idade deverá ser tida em consideração como um indicador relevante para o legislador, mas não como fator único de apreciação. Tal seria, na ótica do autor, injusto para outros grupos sociais e iria acentuar a discriminação e a separação entre as gerações, em vez do objetivo contrário pretendido. Renato Barroso é da opinião que “a maioria dos ‘velhos’ não precisa de proteção, protege; Não necessita de mentores, inspira; Não está dependente, sustenta.”¹³¹

Frisa-se, portanto, o facto de a velhice não poder constituir, por si só, um fator redutor da capacidade jurídica, nem uma limitação da autonomia. Assume-se a vulnerabilidade física e psíquica como algo possível de afetar os mais velhos que, juntamente com a diminuição do poder económico e da influência social advindos do fim da carreira laboral, possam constituir compressões no exercício de direitos. Porém, a dependência de que muitos idosos sofrem não é sinónimo de incapacidade.¹³² Direitos estes que Renato Barroso relembra serem concedidos a qualquer pessoa, e não

¹³⁰ Faria, 2015, pp. 10 e 11.

¹³¹ Barroso, 2014, pp. 126 e 127.

¹³² APAV, 2010, pp. 169 e 170.

unicamente à população idosa, como já vimos.¹³³ Porém, ainda em concordância com Paula Faria, a não autonomização dos direitos dos idosos contribui para a “invisibilidade do idoso no corpo social”.¹³⁴

Concordamos com Renato Barroso apenas na medida em que é primordial que se respeite a autonomia no que concerne à gestão da vida e do património das pessoas idosas, não podendo ninguém substituí-las, a não ser que tenham poderes legais para tal. Porém, no nosso entender, a população mais velha terá sempre mais vantagens se os seus direitos forem tutelados de forma expressa e coerente na legislação nacional. Serviria para consciencializar a sociedade de que as pessoas idosas são pessoas adultas com direitos mais suscetíveis de serem menosprezados, e, por isso, necessitam de uma proteção *reforçada*.

A APAV fez uma listagem de uma série de direitos reconhecidos às vítimas de crimes que lhes permite suprirem as suas necessidades e defenderem os seus interesses e expectativas, mas vocacionando-os especialmente para as vítimas idosas. Têm direito à participação na sociedade de forma a permanecerem nela integradas, têm direito à saúde, que, nos casos de morarem em lares, significa terem direito a cuidados ou tratamentos, sempre com respeito pela sua dignidade e o direito a tomar decisões sobre o seu cuidado e a sua qualidade de vida. Têm direito à autorrealização e à dignidade, especialmente importante, na medida em que nos diz que as pessoas idosas têm direito a receber um tratamento digno, que lhes dê segurança e, sobretudo, seja livre de maus-tratos físicos ou mentais. Têm direito à informação, uma vez que só com ela é que podem participar devidamente no processo e exercer os seus direitos, devendo ser transmitida numa linguagem adequada e que a vítima compreenda. Têm direito à alimentação, que, nos casos dos idosos que vivem em situação de carência, precariedade e abandono, se traduz no direito a receber pensão de alimentos dos seus filhos e de outros descendentes. Quanto à justiça, tal como os restantes cidadãos, têm acesso ao direito e aos tribunais em qualquer circunstância. Usufruem de uma série de direitos sociais, nomeadamente o direito às prestações sociais. E têm ainda direito à independência, que se expressa pelo acesso àquilo que é essencial: alimentação, água, vestuário, entre outros.¹³⁵

Ora, nos casos dos idosos que residem em lares, fácil é ver que alguns destes direitos são constantemente violados, ainda que na prática não se vejam efetivamente denunciados nos meios jurisdicionais para que se aplique o crime de maus-tratos previsto e punido pelo art. 152.º-A do CP.

¹³³ Barroso, 2014, p. 119.

¹³⁴ Faria, 2015, pp. 9 e 10.

¹³⁵ APAV (2014). “Direitos das Pessoas Idosas”. Retirado de <https://apav.pt/idosos/index.php/direitos-da-pessoa-idosa>.

É, por isso, primordial investir na formação dos cuidadores. Vimos atrás os baixos critérios para seleção destes trabalhadores, cuja função a desempenhar é cuidar de pessoas idosas, bem como as poucas condições. É essencial investir na formação e nos próprios cuidadores. De outra forma, mesmo com os direitos plasmados na lei, se ninguém proceder a denúncias, continuará a assistir-se ao que se tem passado até agora: a quase inexistência de processos-crime neste âmbito. Se quem acompanha o idoso ao longo do dia – que serão sempre os auxiliares e não os outros profissionais com formação académica superior¹³⁶ – não tiver formação no que pode consistir abuso e violência, nunca irá denunciar aquelas práticas que, para si, já são costumes. Nunca irá alterar a forma infantil e paternalista de tratar os idosos.

Por isso, os direitos dos idosos não só terão de ser autonomizados e a sua punição expressa no CP, como terão de constar nos Regulamentos das boas-práticas de cada lar, juntamente com aquele que é imposto a todos os lares através da Segurança Social¹³⁷. Mencionar de forma específica, nestes regulamentos, os direitos dos idosos e as sanções previstas em caso da sua violação obrigará a própria pessoa coletiva, o lar, a proceder à formação dos cuidadores de forma a evitar a perpetração de tais condutas. Como vimos, a pessoa coletiva é responsável pelas condutas dos seus trabalhadores, o que iria forçá-la a prevenir estas situações. E, tendo em conta o contexto aqui tratado, a mudança será significativa apenas com uma maior prevenção, tendo em conta que o tipo legal existe, mas raras vezes é usado para estas condutas. Aos direitos haveriam de juntar-se também medidas que promovessem a autonomização dos utentes e que fossem obrigatórias para todos os lares. Estamos a pensar em medidas tais como os utentes participarem nas lides do lar, nomeadamente as domésticas, por exemplo tratar das suas roupas. Medidas que promovessem o convívio entre várias gerações, como, por exemplo, atividades com as crianças de creches. Tal como Renato Barroso, também somos da opinião que se deva reconhecer o estatuto de organizações prestadoras de cuidados e reforçar a capacidade de decidir através do alargamento do âmbito da Lei do Testamento Vital.¹³⁸

Não podemos ser indiferentes ao facto de os idosos correrem um risco superior de serem vítimas de maus-tratos devido ao estado de dependência por residirem num lar, um contexto em que denunciar estes comportamentos é extremamente complicado. Muitos temem, em caso de denúncia, ser alvo de retaliações e muitos outros nem têm consciência dos seus direitos legais. Os abusos mais frequentemente praticados neste contexto são a existência de restrições excessivas, a má medicação, a agressão verbal e o

¹³⁶ Veja-se que só se exige um profissional com formação académica superior de cada área por lar de idosos; logo, nunca acompanharão os idosos da mesma forma (http://www.seg-social.pt/documents/10152/51499/Lar_idosos/573aed6a-ob92-4b99-9f75-doce46359bob., consult. em 16/abr/2018).

¹³⁷ Regras previstas na Portaria n.º 67/2012, de 21 de março.

¹³⁸ Barroso, 2014, p. 125.

abuso material ou financeiro. Também podem ser alvos de infantilização, de despersonalização, de desumanização e de *vitimação*. A frequência e o tipo de maus-tratos de que os idosos são vítimas estão relacionados com as suas próprias características, as dos lares e as dos profissionais que neles trabalham. No que diz respeito aos lares, alguns tendem a promover, entre os idosos, atitudes de dependência, e não lhes proporcionam oportunidades para que cuidem de si próprios e assumam certas responsabilidades. Para além disso, estas instituições conhecem cada vez mais uma certa sobrelotação, o que se traduz numa menor qualidade dos serviços prestados e num número demasiado elevado de idosos a cuidar por profissional. Tal aumenta o risco de ocorrência de práticas abusivas e negligentes. Este risco é mais acentuado quando o estado de saúde do idoso é precário e ele se encontra isolado da sua rede de parentesco, dos amigos e da própria comunidade.¹³⁹

Pode-se dizer, então, que estamos perante um contexto sociocultural que propicia a vitimização da pessoa idosa e que merece uma tutela penal específica.

Como propostas para a melhoria de qualidade de vida para a população mais velha, Sibila Marques aponta a alteração do modelo de financiamento, para que a pessoa visada possa ter o poder de escolha no serviço que lhe seja mais adequado.¹⁴⁰ Segundo a autora, nos dias que correm, existe já uma maior consciencialização para este problema social e assiste-se à emergência de um novo conceito de lar de terceira idade, em que se procura preservar a independência e privacidade dos idosos, com a oferta de um conjunto de serviços de apoio e lazer.¹⁴¹ Então, talvez o que falte seja mesmo um regulamento que vincule todas as pessoas que contactem com os idosos nos lares e que coloque em prática este conceito de lar, e que seja acompanhado de uma maior ajuda da parte do Estado. Não consideramos justo que só algumas respostas sociais sejam capazes de propiciar qualidade de vida às pessoas idosas, respostas ainda dependentes dos meios económicos de cada um. Todos os idosos têm o direito de gozar os seus dias com qualidade e conforto.

É fácil descortinar a existência de uma variedade de necessidades específicas decorrentes das várias partes envolvidas nos casos de maus-tratos praticados contra os idosos. Por isso, o modelo de intervenção que se venha a adotar, para se tratar das consequências destes comportamentos e para prevenir a sua ocorrência ou reincidência, terá de preservar tanto a autonomia e dignidade das pessoas idosas, como a promoção da sua segurança. O modelo que se tem considerado ser aquele que mais respeita estes princípios é o modelo de gestão de casos. Este modelo adota uma intervenção em que se utilizam serviços estatais ou de ONGs e se aplicam medidas legais e procedimentos clínicos. Começa por proceder a uma avaliação com o objetivo de recolher informação,

¹³⁹ Silva, s.d., pp. 249-273.

¹⁴⁰ Marques, 2011, p. 78.

¹⁴¹ Silva, s.d., pp. 249-273.

para passar ao planeamento de modo a desenvolver um curso de ação, e, por fim, aplica uma ação de intervenção com o objetivo de tratar as consequências e prevenir a ocorrência de maus-tratos.¹⁴²

¹⁴² Santos & Ribeiro, 2014, pp. 138 e 144.

Notas finais

Esperamos ter ajudado, com este trabalho, para que a realidade dos mais idosos possa merecer mais e melhor atenção por parte do legislador no que respeita a defesa dos seus inalienáveis direitos enquanto pessoas mais velhas. A luta pelo constitucional cumprimento da igualdade entre os cidadãos exige a efetiva proteção dos que, em razão da idade, se encontrem mais vulneráveis a ofensas. Pelo que é responsabilidade do Estado não só proteger-los, mas ainda prevenir e evitar as ofensas a que, diariamente, se encontrem sujeitos.

A pós-modernidade em que vivemos tende a realçar o imediatismo, a satisfação passageira, privilegiando a individualização, esquecendo que é sempre o outro, na sua dignidade de vida, a *marca de água* vital da nossa própria dignidade.

Defendemos, nesse sentido, que devem tutelar-se, de forma específica, os Direitos dos Idosos. Que devem atualizar-se os regulamentos que ditam as regras de bom funcionamento dos lares para contemplarem os direitos dos idosos e as sanções para a sua lesão, remetendo para o CP, de modo a promover a autonomia e independência da população mais velha. Alertamos que a salvaguarda dos legítimos interesses dos idosos está dependente da formação de quem deles cuida, sendo primordial investir na sua formação e na sua valorização. Mudanças de ordem legislativa, política e social impõem-se.

A situação dos idosos diz respeito a todos nós, seja pelos nossos entes queridos, seja por ser o que o futuro nos reserva. Está na altura de abraçar e tornar real o conceito da filósofa Simone Beauvoir: “a velhice é a paródia da vida”.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, J. P., & PAZ, M. (2016). Adultos-idosos dependentes ou especialmente vulneráveis: Aspetos da proteção penal e civil. *Revista do Ministério Público*, n.º 146, pp. 9-46.

ALBUQUERQUE, P. P. (2015). Artigo 152.º-A. In Albuquerque, P. P., *Comentário do Código Penal*, pp. 596-599. Lisboa: Universidade Católica Editora.

ALBUQUERQUE, P. P. (2015). Artigo 163.º. In Albuquerque, P. P., *Comentário do Código Penal*, pp. 643-653. Lisboa: Universidade Católica Editora.

APAV. (2010). *Manual títano – Apoio a pessoas idosas vítimas de crime e de violência*. Lisboa: APAV – Associação Portuguesa de Apoio à Vítima.

BARROSO, R. A. (2014). Há direitos dos idosos? *Julgar*, n.º 22, pp. 117-127. Coimbra: Coimbra Editora.

CARVALHO, A. T. (2012a). Artigo 152.º-A. In Dias, J., *Comentário conimbricense do Código Penal*, pp. 534-549. Coimbra: Coimbra Editora.

CARVALHO, A. T. (2012b). Nótula antes do art. 152.º. In Dias, J., *Comentário Conimbricense do Código Penal*, pp. 506-510. Coimbra: Coimbra Editora.

CARVALHO, A. T. (2016). *Direito penal, parte geral – Questões fundamentais, teoria geral do crime*. Porto: Universidade Católica Editora. Porto.

DIAS, J. (2007). *Direito penal, parte geral*. Coimbra: Coimbra Editora.

FARIA, M. P. (2015). *Os crimes praticados contra idosos*. Porto: Universidade Católica Editora.

FARIA, M. P. (2017). *Formas especiais do crime*. Porto: Universidade Católica.

MARQUES, S. (2011). *Discriminação da terceira idade*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos e Sibila Marques.

PEREIRA, V. & LAFAYETTE, A. (2014). *Código Penal anotado e comentado*. Lisboa: Quid Juris.

ROSA, M. J. (2012). *O envelhecimento da sociedade portuguesa*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos e Maria João Valente Rosa.

SANTOS, A., & RIBEIRO, Ó. (2014). Maus-tratos e negligência da pessoa idosa: Modelos teóricos e intervenção. In Matos, M., *Vítimas e violência: Práticas de intervenção*, pp. 131-145. Braga: Psiquilibrios Edições.

SILVA, F. (2017). *Direito penal especial: Os crimes contra as pessoas*. Lisboa: Quid Juris.

Fontes eletrónicas

AA.VV. (2012). Estado e políticas sociais sobre a velhice em Portugal (1990-2008). *Análise Social*, n.º 204. SciELO – Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. Retirado de http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0003-257320120003000005.

Action on elder abuse. <https://www.elderabuse.org.uk/in-england> e <https://www.elderabuse.org.uk/campaigning-in-england>.

CNECV. 8o/CNECV/2014, *Parecer sobre as vulnerabilidades das pessoas idosas, em especial das que residem em instituições, memorando*. Retirado de

http://www.cnecev.pt/admin/files/data/docs/1413212959_Parecer%2080%20CNECV%202014%20Aprovado%20FINAL.pdf.

CNECV. 1.^a Comissão – Assuntos constitucionais, direitos, liberdades e garantias, Assembleia da República, 19 de janeiro de 2016. Retirado de http://www.cnecev.pt/admin/files/data/docs/1458235259_CNECV%201%C2%AA%20Comissao%20Direitos%20Pessoas%20Idosas.pdf.

CNIS. Regulamento Interno de Funcionamento Estrutura Residencial para Pessoas Idosas. Retirado de <http://humanitas.org.pt/wp-content/uploads/2014/06/ERPI-RI-e-CPS-31-03-2015.pdf>;

Comissão Europeia (2009). Special Eurobarometer 317. *Discrimination in EU in 2009*. Retirado de http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_317_en.pdf.

Diário da República, 1 – Série-A n.º 241 (17 outubro 2001). Retirado de http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/copy_of_anexos/carta-social-europeia8496/downloadFile/file/STE_163.pdf?nocache=1200589188.48.

Dias, I. (2010). Violência doméstica e justiça. *Sociologia: Revista do Departamento de Sociologia da FLUP*, vol. XX, pp. 245-262. Retirado de <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/55996/2/isabeldiasviolencia000127786.pdf>.

Direção-Geral da Ação Social. *Lar para idosos*, Lis., Dez. 1996. Retirado de http://www.seg-social.pt/documents/10152/51499/Lar_idosos/573aed6a-ob92-4b99-9f75-doce46359bob.

Estatuto do Idoso, Brasil. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm.

Instituto Nacional de Saúde Dr. Ricardo Jorge. Projeto envelhecimento e violência, Lis. Fev. de 2014. Retirado de <http://repositorio.insa.pt/bitstream/10400.18/1955/3/Envelhecimento%20e%20Viol%C3%Aancia%202011-2014%20.pdf>.

Maus-tratos contra idosos à luz da Lei 10.741/03, in *Blog do advogado Marcelo de Oliveira*. Retirado de <https://linhasjuridicas.wordpress.com/artigos/maus-tratos-contra-idosos-a-luz-da-lei-10-74103-estatuto-do-idoso/>.

OMS. *European report on preventing elder maltreatment*, 2011, Prefácio (vii). Retirado de http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0010/144676/e95110.pdf.

Plateforme d'Information (15 janeiro 2018). <https://www.humanrights.ch/fr/droits-humains-suisse/interieure/groupes/vieillesse/maltraitance-contre-agees-un-tabou>.

Projeto de lei 62/XIII, apresentado em 2015. Retirado de <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=42083>.

Projeto de lei n.º 256/VIII. Retirado de <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d76566b6c4a535339305a5868>

3062334d76634770734e5449324c565a4a53556b755a47396a&fich=pjl526-VIII.doc&Inline=true.

Projeto de lei n.º 744/XIII/3a do CDS-PP. Retirado de <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=42083>.

Projeto de lei n.º 745/XIII/3a apresentado pelo CDS-PP. Retirado de <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=42083>.

Projeto de lei n.º 746/XIII/3a. Retirado de <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=42083>.

Projeto de resolução n.º 168/VIII. Retirado de <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d76566b6c4a535339305a58683062334d76634770794d5459344c565a4a53556b755a47396a&fich=pjr168-VIII.doc&Inline=true>.

Projeto de resolução n.º 1305/XIII/3a. Retirado de <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a535339305a58683062334d76634770794d544d774e53315953556c4a4c6d527659773d3d&fich=pjr1305-XIII.doc&Inline=true>.

Público, “Segurança Social já mandou fechar 118 lares de idosos desde Janeiro” (8 dezembro 2017). Retirado de <https://www.publico.pt/2017/12/08/sociedade/noticia/seguranca-social-ja-mandou-fechar-118-lares-de-idosos-desde-janeiro-1795338>.

Silva, I. (s.d.). Envelhecimento e violência contra os idosos, pp. 249-273. Retirado de <http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/3731.pdf>, consult. em 4/jan/2018.

Tvi24, “Mais de uma centena de lares sem condições mínimas” (7 novembro 2005). Retirado de <http://www.tvi24.iol.pt/amp/idosos/violencia/mais-de-uma-centena-de-lares-sem-condicoes-minimas>.

Jurisprudência

Ac. de 18 março 2015 do STJ. Retirado de <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/69f7ad0ea68b13c280257e0e00370c4d?OpenDocument&Highlight=o,pessoa,particularmente,indefesa,em,raz%C3%A3o,da,idade>.

Ac. de 25 março 2015 do STJ. Retirado de <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5ef1b7e08b5ca9fb>

80257e1400417908?OpenDocument&Highlight=o,pessoa,particularmente,indefesa,e
m,raz%C3%A3o,da,idade.

Ac. de 26 novembro 2015 do STJ. Retirado de
<http://www.gde.mj.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2e9792602226c75b80257f310057019f?OpenDocument>.

O Crime de Lenocínio:
Reflexão crítica sobre o artigo 169.º, n.º 1 do Código Penal

José Linhares

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

Aos meus Pais

Agradecimentos

Agradeço, em primeiro lugar, aos meus pais, pelo apoio e incentivo que me deram, tal como o têm feito ao longo de todas as fases da minha vida.

O meu sincero e profundo agradecimento à Senhora Professora Doutora Conceição Cunha, por ter aceitado orientar-me neste trabalho. Agradeço toda a disponibilidade, amabilidade e paciência que revelou ao longo destes meses.

Resumo

O presente trabalho é uma reflexão crítica acerca do artigo 169.º, n.º 1 do Código Penal. A abordagem inicial centrar-se-á na evolução legislativa e na análise dos elementos do crime em causa. O capítulo III é dedicado à supressão do elemento “explorando situações de abandono e de necessidade económica”. Esta supressão originou a polémica que, até aos dias de hoje, se mantém em torno desta disposição legal. As principais questões que surgiram com a supressão do elemento referido, e que dividem a doutrina e inclusivamente a jurisprudência, reportam-se, essencialmente, à (in)existência de bem jurídico e à (in)constitucionalidade da norma em apreço. Essas problemáticas, que constituem o tema central no presente trabalho, serão tratadas nos capítulos V e VII, onde se analisarão as opiniões doutrinárias. No capítulo VIII, analisar-se-ão essas mesmas questões, agora do ponto de vista jurisprudencial. Outras questões de especial relevo que serão abordadas referem-se à possibilidade do artigo 169.º, n.º 1 constituir um crime de perigo abstrato (capítulo VI) e à (in)existência de um consentimento livre, sério e esclarecido por parte daqueles que se prostituem (capítulo IV). Ao longo da dissertação, serão analisadas as características dos indivíduos que se dedicam à prostituição, procurando perceber que razões estão na origem desta “opção de vida”, apesar de tal não constituir tema central.

Na parte final, será feita uma breve referência ao artigo 169.º, n.º 2 (capítulo IX) e ao lenocínio de menores (capítulo X), no âmbito do qual merece especial atenção a (in)capacidade destes para consentir na prática de atos sexuais. Terminamos com uma breve reflexão sobre a relação entre Moral e Direito, pois alguma doutrina alega que a alteração de 1998 apenas contribuiu para um retrocesso, um regresso às concepções moralistas das quais o Direito Penal devia, há muito, ter-se afastado.

Na conclusão, serão apresentadas algumas sugestões quanto aos múltiplos problemas que o artigo 169.º, n.º 1 do CP apresenta, sugestões essas que visam, essencialmente, acabar com as divergências doutrinárias e jurisprudenciais, procurando alcançar algum consenso relativamente a este tipo legal de crime.

Palavras-chave: Lenocínio; liberdade sexual; dignidade humana; prostituição; exploração.

Abstract

The present thesis is a critical reflection upon article 169, no. 1 of the Portuguese Criminal Code. We will begin by focusing on the legislative evolution and analyse the elements of the crime in question. Chapter III is dedicated to the suppression of the element “exploring situations of abandonment and economic necessity”, which originated the controversy about this legal provision which remains to this day. The main questions which rise with the suppression of this element and divide both doctrine and the jurisprudence are essentially about the (in)existence of a legal good and its (un)constitutionality. These problematics will be carefully treated in chapters V and VII. Other important questions addressed are (1) whether article 169, no. 1 of the Portuguese Criminal Code is an abstract danger crime (chapter VI) and (2) the (in)existence of a free, serious and informed consent by the prostitute (chapter IV). Throughout the thesis, we will also analyse the characteristics of the individuals that choose this way of living, although this part is not a key one.

Then, a brief reference will be made to article 169, no. 2 (chapter IX) and to this crime when the victims are children (chapter X), in which the question whether children are capable of consenting in sexual relations assumes particular relevance. The last chapter briefly approaches the relationship between Morality and Law, since some authors defend that the revision that took place in 1998 contributed to a return to ethical conceptions that criminal law should avoid.

Lastly, we will give some suggestions to the numerous questions that article 169, no. 1 presents to help end the existing divergences both within the doctrine and the jurisprudence in order to achieve some consensus in what regards this legal type of crime.

Keywords: Pimping, sexual freedom, human dignity, prostitution, exploration.

Lista de siglas e abreviaturas:

Ac.	Acórdão
AR	Assembleia da República
Art.	Artigo
CP	Código Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
Cf.	Confronte
Cap.	Capítulo
DL	Decreto-lei
MP	Ministério Público
n.º	Número
p./pp.	Página/páginas
proc.	Processo
ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
V.g.	<i>Verbi gratia</i> : por exemplo

ÍNDICE

Introdução	8
Cap. I – Evolução legislativa	8
Cap. II – Análise do tipo legal do artigo 169.º, n.º 1 do CP	10
Cap. III – A questão da supressão do elemento “explorando situações de abandono ou de necessidade económica	12
Cap. IV – A questão do suposto consentimento do artigo 169.º, n.º 1 do CP	15
Cap. V – A questão do bem jurídico e suas repercussões	17
Cap. VI – Pode considerar-se o tipo legal previsto no artigo 169.º, n.º 1 do CP como um crime de perigo abstrato?	22
Cap. VII – A (in)constitucionalidade do artigo 169.º, n.º 1	24
Cap. VIII – Análise jurisprudencial	27
Cap. IX – Artigo 169.º, n.º 2 do CP	34
Cap. X – Lenocínio de menores	35
Cap. XI – Direito e Moral	38
Conclusão	39
Bibliografia	41

Introdução

A atual redação do artigo 169.º, n.º 1 do Código Penal tem estado envolta em controvérsia, o que motivou a realização da presente dissertação como tentativa de harmonizar as múltiplas interpretações a que o n.º 1 tem dado azo.

Existem, essencialmente, duas posições doutrinárias quanto a esta complexa questão. Uma, que vem ganhando cada vez mais adeptos, defendendo a inconstitucionalidade da norma em causa. A outra, pugnando pela sua constitucionalidade, embora, no seu seio não haja unanimidade quanto a um outro problema central: saber qual o bem jurídico que esta disposição legal visa tutelar.

A jurisprudência não é alheia a esta querela doutrinal, constatando-se um acréscimo de decisões divergentes que apenas contribuem para adensar a polémica que se faz sentir em torno deste preceito. Assim, propusemo-nos analisar criticamente os vários argumentos de ambas as posições para, posteriormente, estarmos aptos a dar o nosso parecer.

Consubstanciará a atual redação do artigo 169.º, n.º 1 um retrocesso, um paternalismo jurídico exacerbado, um desvio da função primordial do Direito Penal? Ou a presente redação justifica-se pelas dificuldades probatórias e pelos perigos que a atividade da prostituição comporta? Estas são somente algumas das questões que serão explanadas ao longo deste trabalho.

I - Evolução legislativa

O Código Penal de 1852 integrava o crime de lenocínio¹ no âmbito dos crimes contra as pessoas, sob a designação de crimes contra a honestidade, tendo o CP de 1886 seguido a mesma orientação, obedecendo a uma construção dogmática de índole moralista.

Em 1966, o professor Eduardo Correia, no seu projeto, denominava os crimes sexuais como crimes contra os costumes, mas tal designação não vingou nos textos legais.

O CP de 1982 trouxe a primeira alteração de vulto, inserindo este crime no âmbito dos crimes contra os valores e interesses da vida em sociedade. Nas palavras de Vera Lúcio Raposo, “o novo Código foi incapaz de romper definitivamente com toda e qualquer ascendência moralista, não se coibindo de prever os crimes relativos ao pudor”². Tal só sucedeu com a revisão de 1995, com o abandono das ditas conceções moralistas e com a inserção dos crimes sexuais num capítulo autónomo, sob a epígrafe

¹ Cf. CP de 1852, art. 405.º: “Se, para satisfazer os desejos dehonestos de outrem, o ascendente excitar, favorecer ou facilitar a prostituição, ou corrupção de qualquer pessoa sua descendente, será condenado a prisão de um a tres annos, e multa correspondente, ficando suspenso dos direitos politicos por 12 annos”.

² Raposo, 2003, p. 937.

dos “crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”. Desta forma, como constata Inês Ferreira Leite, “assumiu-se como bem jurídico tutelado a liberdade sexual”³. Miguel Garcia partilha desta posição⁴. Importa referir que, com a reforma de 1995, se eliminou toda e qualquer referência à prostituição feminina, a que se aludia no artigo 215.º do CP de 1982. Subjacente a esta conceção encontrava-se a imagem do homem como explorador e da mulher como explorada. Com a reforma supracitada, a norma do artigo 169.º passou a possuir carácter neutro, sendo que “quer a prostituição feminina, quer a masculina são passíveis de ser abrangidas no tipo em causa”⁵. A verdade é que a prostituição masculina continua a não assumir, nos dias que correm, extensão idêntica à feminina e que os clientes são, na sua maioria, homens; porém, o fenómeno da prostituição masculina vem ganhando maior visibilidade nos últimos anos⁶. A reforma de 1998 trouxe consigo uma alteração de vulto, eliminando da disposição legal do artigo 169.º, n.º 1 o elemento típico “explorando situações de abandono ou de necessidade económica”. Nas palavras de Mouraz Lopes e Tiago Milheiro, esta alteração alargou o âmbito da punição das situações até então abrangidas pelo tipo de crime, “configurando-se uma solução de neocriminalização de condutas que até àquela data não eram punidas criminalmente”⁷. Deixou-se de tutelar, na ótica destes autores, o bem jurídico liberdade sexual, constituindo este o único fundamento para a punição dos crimes sexuais, acrescentando que, com esta alteração, se torna difícil averiguar a natureza do bem jurídico que a disposição legal em causa pretende salvaguardar, não se tratando, repita-se, da liberdade e autodeterminação sexual.

A questão do bem jurídico liberdade sexual ter deixado (ou não) de ser tutelado pelo artigo 169.º, n.º 1 será amplamente analisada num capítulo autónomo.

A reforma de 2001 não operou qualquer tipo de alteração no n.º 1. As alterações repercutiram-se no âmbito do n.º 2, resultando numa diminuição das situações que constituem o tipo agravado do crime de lenocínio.

A reforma de 2007 eliminou do n.º 1 do artigo 169.º a referência à expressão “prática de atos sexuais de relevo”.⁸ Será que no conceito de prostituição se podem englobar os atos sexuais de relevo ou apenas a cópula e atos equiparados à cópula? Parece-nos que o conceito de prostituição não exclui necessariamente os atos sexuais de relevo; porém, qual o sentido da eliminação? Talvez tenha sido, de facto, o de restringir a criminalização aos atos sexuais de especial relevo (cópula e atos equiparados), embora

³ Leite, 2011, p. 31.

⁴ Garcia, 2011, p. 278.

⁵ Lopes & Milheiro, 2015, p. 111.

⁶ Raposo, 2003, p. 951.

⁷ Lopes & Milheiro, 2015, p. 105.

⁸ Cf. Dias, 2012, pp. 718-719: “Ato sexual será assim todo aquele comportamento que (...) assume uma natureza, um conteúdo ou um significado diretamente relacionados com a esfera da sexualidade e, por aqui, com a liberdade de determinação sexual de quem o sofre ou o pratica”.

não se encontre uma explicação clara para esta alteração legislativa. Mouraz Lopes e Tiago Milheiro concluem que, com esta alteração, ficou “mais claro que é apenas a facilitação à prostituição como atividade que é objeto de censura penal”⁹, conclusão que não esclarece a nossa dúvida.

II - Análise do tipo legal do artigo 169.º, n.º 1 do CP

O tipo objetivo de ilícito consiste, nas palavras de Paulo Pinto de Albuquerque, “no fomento, favorecimento ou facilitação do exercício da prostituição por outra pessoa”¹⁰. O autor tem de atuar de modo profissional ou, alternativamente, com intenção lucrativa.

Leal-Henriques e Simas Santos distinguem entre lenocínio principal, no qual se enquadra a conduta fomentar, e acessório, que engloba o favorecer ou facilitar¹¹. Fomentar significa, nas palavras dos dois autores, “incentivar a corrupção ou, melhor dizendo, determiná-la (quando ainda não exista), agravá-la (se já existe), ou mantê-la (evitar que enfraqueça ou termine quando ainda está em curso)”¹². Significa, portanto, que quem fomenta, determina outrem à prática de um ou mais atos de prostituição¹³. Por seu turno, favorecer e facilitar integram o lenocínio acessório. Todavia, apesar de ambos os conceitos apresentarem similitudes, apresentam também diferenças. Assim, favorecer significa apoiar, dar força à manutenção ou ao desenvolvimento do lenocínio sem, no entanto, fornecer meios para o efeito. O facilitar pressupõe um auxílio material, ou seja, o agente que facilita fornece meios para a prática dos atos em causa.

Na ótica de Anabela Rodrigues, o agente que fomenta não determina a vontade da vítima para a prática da atividade de prostituição. O agente que fomenta “apenas *colabora* no encaminhamento da vítima para a prostituição, mas não *determina* a sua vontade para a prática dos atos em causa”¹⁴, e o mesmo se passa com o que favorece ou facilita. Esta autora mostra a sua concordância em relação à posição de Sénio Alves, que alega que no preceito em questão se preveem e punem dois tipos de condutas: “a colaboração no processo de decisão” (o fomentar) e “a colaboração no processo de execução” (o favorecer e o facilitar)¹⁵.

Para Pinto de Albuquerque, estes três conceitos apresentam “o mesmo conteúdo ilícito”¹⁶. Segundo Anabela Rodrigues, determinar outrem a fazer ou a suportar uma determinada conduta implica o uso de coação, o que nos parece criticável, pois é possível incentivar ou instigar sem usar coação. Veja-se, a título de exemplo, o tipo legal de

⁹ Lopes & Milheiro, 2015, p. 107.

¹⁰ Albuquerque, 2015, p. 671.

¹¹ Leal-Henriques & Santos, 2000, p. 428.

¹² Leal-Henriques & Santos, 2000, p. 427.

¹³ Garcia, 2011, p. 303.

¹⁴ Rodrigues, 2012, p. 806.

¹⁵ Alves, 1995, p. 68.

¹⁶ Albuquerque, 2015, p. 672.

incitamento ou ajuda ao suicídio (artigo 134.º do CP). Quando há incitamento, determina-se a vontade da vítima, não através de coação, mas sim de persuasão, levando a vítima a crer que o suicídio é a melhor opção. Fomentar, para Rodrigues, não é coagir, é, meramente, colaborar no processo de decisão da vítima, apresentando-se esta, para a autora, como mais uma razão para a descriminalização do n.º 1 do artigo 169.º do CP.

Parece que a doutrina de Leal-Henriques e Simas Santos se revela a mais correta. De facto, se atentarmos na definição da palavra “fomentar” no dicionário¹⁷ aparece como um dos sinónimos da palavra “incitar”, que, por sua vez, significa “instigar, induzir a qualquer ato”. Assim, aproveitamos para deixar a nossa crítica à presente previsão legal que pune da mesma forma o agente que fomenta e o agente que favorece ou facilita, quando este último se limita a apoiar ou a mostrar a sua concordância com a decisão de outrem em praticar atos de prostituição, embora seja possível diferenciar estes comportamentos na determinação da pena concreta.

Trata-se de um crime comum quer da perspectiva do autor, quer da perspectiva da vítima, desde que esta tenha idade superior a 18 anos. Se a vítima for menor, o favorecimento de prostituição subsumir-se-á à disposição legal do artigo 175.º do CP¹⁸.

Mouraz Lopes e Tiago Milheiro entendem que se trata de um crime de execução vinculada.¹⁹ Pinto de Albuquerque opõe-se a esta posição, defendendo que se trata de um crime de execução livre, uma vez que “a colaboração do agente pode ser realizada por qualquer modo”²⁰. Os conceitos fomentar, favorecer e facilitar possuem um conteúdo amplo, podendo integrar vários comportamentos, sendo que a lei se revela omissa quanto aos mesmos, não os especificando. Por estas razões, entendemos que a posição de Albuquerque é a mais correta.

Quanto ao tipo subjetivo, trata-se de um crime doloso, quer quanto ao n.º 1²¹, quer quanto ao n.º 2, admitindo todas as modalidades, exceto no respeitante à conduta ardilosa ou fraudulenta, incompatível com o dolo eventual. Importa referir, relativamente ao n.º 1, que o agente que atua com intenção lucrativa o faz a título de dolo na sua modalidade mais grave²², pois o propósito da sua conduta é precisamente a obtenção de lucro.²³

¹⁷ Silva, 1980, p. 67.

¹⁸ Rodrigues, 2012, pp. 803-805.

¹⁹ V.g. Lopes & Milheiro, 2015, p. 115: “taxista que transporta cliente e prostituta para pensão; já será subsumível se existirem acordos entre taxistas e proxenetas, com recebimento de comissões, para encaminhar potenciais clientes para casas onde exista prostituição, na modalidade de facilitação ou fomento”. cremos, porém, que este exemplo se reporta à intenção lucrativa, e não propriamente à execução vinculada.

²⁰ Albuquerque, 2015, p. 673.

²¹ Albuquerque, 2015, p. 674.

²² Albuquerque, 2015, p. 674.

²³ No mesmo sentido, Gonçalves, 2007, p. 643, contra Rodrigues, 2012, p. 813.

As matérias respeitantes ao concurso de crimes, ao grau de lesão do bem jurídico, à forma de consumação do ataque ao objeto da ação e à relação com o crime de tráfico de pessoas serão analisadas no capítulo dedicado ao bem jurídico, pois as posições a adotar variarão consoante o bem jurídico que se entenda que a norma do 169.º, n.º 1 visa proteger.

III - A questão da supressão do elemento “explorando situações de abandono ou de necessidade económica”

Com a revisão operada em 1998 deu-se a supressão do elemento “explorando situações de abandono ou de necessidade económica” e, com ela, surgiu a controvérsia em torno da constitucionalidade do artigo 169.º, n.º 1 do CP. Não obstante, alguns autores opinam que esse elemento continua a ter de ser provado, pugnando por uma “interpretação constitucional restritiva”²⁴. Esta interpretação baseia-se na ideia de que o elemento suprimido continua a estar presente de forma implícita no tipo legal em causa, invocando, em sentido próximo, a fundamentação dos acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 144/2004 e n.º 196/2004²⁵. Efetivamente, o acórdão do TC n.º 144/2004²⁶ refere que a opção do legislador em ter suprimido tal elemento não significa que não se mantenha o objetivo de evitar que se verifiquem tais situações porque estas, como demonstram estudos empíricos, estão normalmente associadas ao fenómeno da prostituição. Porém, ser um elemento implícito ou constituir o objetivo (*ratio*) da norma não é o mesmo. No primeiro caso, o elemento tem de se provar, no segundo, presume-se a sua existência. Paradoxalmente, a maioria da doutrina pugna pela inconstitucionalidade da norma em questão que, desprovida do elemento supracitado, se tornou numa norma que não tutela nenhum bem jurídico, tutelando, ao invés, bens de carácter transpessoal²⁷, conotados com uma certa ideia de pudor e de moralidade²⁸, que escapam do âmbito de intervenção do Direito Penal. Nas palavras de Mouraz Lopes e Tiago Milheiro, a alteração operada pela reforma de 1998 alargou o âmbito da punição, “configurando-se uma solução de neocriminalização de condutas que até àquela data não eram punidas criminalmente”²⁹.

Antes de avançarmos com sugestões e possíveis soluções para o delicado problema em análise, convém fazer uma breve menção ao que esteve na origem da supressão do elemento supramencionado. Tal ficou a dever-se a uma opção de política criminal. O então Ministro da Justiça, Vera Jardim, terá invocado como argumento o facto de que, a

²⁴ Albuquerque, 2015, p. 673.

²⁵ Albuquerque, 2015, p. 673.

²⁶ Cf. ac. do TC n.º 144/2004, de 10/03/2004, pp. 3-4.

²⁷ Malafaia, 2009, pp. 45-46.

²⁸ Rodrigues, 2012, p. 797.

²⁹ Lopes & Milheiro, 2015, p. 105.

manter-se o elemento “exploração”, não seria possível “culpar, nem criminalizar, nem prender ninguém, porque essa circunstância nunca se prova”.³⁰ Carlota Pizarro de Almeida contraria este argumento afirmando que invocar a “dificuldade de prova jamais poderá legitimar a elaboração de um tipo criminal com o objetivo de (...) não ‘deixar escapar’ os ‘culpados’, mesmo que à custa de englobar na punição grande quantidade de ‘inocentes’”³¹.

Este argumento revela-se, em certa medida, sólido; todavia, é necessário precisar o contexto específico em que a prostituição ocorre e as características específicas de quem se dedica a esta atividade. Não podemos ser ingênuos ao ponto de considerar a prostituição uma atividade como qualquer outra e ignorar que quem faz dela o seu modo de vida está sujeito a pressões de toda a natureza.³² Efetivamente, na caracterização feita da figura de quem fomenta, favorece ou facilita a prostituição, é dito que alguns dos métodos utilizados passam pela violência, chantagem, ameaça e toxicodependência³³. Estes métodos são, muitas vezes, camuflados com promessas e aliciamento erradamente confundidos com “relações de afeto”, como as qualifica Pizarro de Almeida. Almiro Simões Rodrigues defende que trabalhos científicos mostram não existirem características físicas comuns a todas as prostitutas, não se podendo afirmar a existência de uma “tipologia de constituição hipersexual”³⁴. Não obstante, conclui que todas as mulheres que se entregam à prostituição padecem de carência afetiva, independentemente da idade. Este autor divide em dois grupos as causas que predispõem para a prostituição.³⁵ Em relação às causas psicológicas, menciona um estudo efetuado em 1963 por Le Moal, que dividiu as carências do meio familiar em quatro categorias: de homogeneidade, afetivas, educativas e morais, não deixando de alertar para o facto de estes fatores, apesar de favorecerem, não determinarem a prostituição. As causas sociais que poderão predispor alguém para a prostituição são várias, tais como: o isolamento, carências económicas e sociais, ausência de informação sexual, alcoolismo, droga, desemprego e períodos de guerra.

³⁰ Cf. *Diário da Assembleia da República*, I Série, número 48, de 13 de março, 1998, p. 21.

³¹ Almeida, 2005, p. 28.

³² V.g. ac. do TRC de 12/04/2011, proc. 16/10.9ZRCBR-A.C1, p. 20: “recrutou cidadãs brasileiras que (...) exerceram a prostituição (...) após o que se apoderava dos documentos de identificação e viagem respetivos, por forma a poder utilizar em desfavor das mesmas a sua situação de permanência ilegal”.

³³ Costa & Alves, 2001, p. 192.

³⁴ Rodrigues, 1984, p. 13.

³⁵ Cf. Rodrigues, 1984, p. 16: “**A – Causas que predispõem para a prostituição e a marginalidade:**

1.º Causas psicológicas;

2.º Causas sociais;

B – Causas desencadeantes:

1.º Solidão e desenraizamento;

2.º Necessidade de subsistência;

3.º Sedução e aliciamento.”

José Martins Barra da Costa e Lurdes Barata Alves, à imagem de Almiro Rodrigues, negam que os prostitutos e as prostitutas possuam uma personalidade tipo, seguindo as teses dos modelos multidimensionais que enunciam várias categorias de fatores explicativos da prostituição³⁶. Os mesmos autores invocam que a causa ou a motivação primária está relacionada com dificuldades financeiras, às quais se juntam a falta de preparação laboral e a perda de vínculos familiares³⁷.

O acórdão do TC n.º 144/2004, que será subsequentemente analisado, partilha de uma visão semelhante à dos autores referidos. No acórdão, é justificada a opção de política criminal pelo facto de estudos empíricos demonstrarem que as situações de prostituição estão associadas a elevadas carências sociais. Assim, é de rejeitar a posição falaciosa de Pizarro de Almeida, que defende que o proxenetismo contribui para proteger quem se dedica à prostituição.

Voltando à questão da supressão do elemento “exploração”, é certo que a sua manutenção teria alguns aspetos positivos, dos quais se destaca o ser possível identificar imediatamente qual o bem jurídico que a norma visa salvaguardar, apesar de, tomando por base tudo o que foi dito acerca do contexto de violência no qual se insere a prostituição, se poder concluir que a *ratio* da norma continua a ser a de evitar a exploração por parte de terceiro. Mesmo assim, a redação que incluía o elemento revelava-se, no nosso entender, parca no que concerne às situações que abrangia e na proteção dos indivíduos que se dedicam a esta atividade. Como foi possível constatar, não são apenas situações de abandono ou de necessidade económica que estão associadas à prostituição, existindo outros fatores que levam as pessoas a entrar neste “mundo”. Ponderamos a hipótese de uma nova alteração legal, acrescentado a expressão “explorando situação de **vulnerabilidade**”.³⁸ Beatriz Pacheco, no âmbito do tipo legal de atos sexuais com adolescentes, concretiza o intrincado conceito “inexperiência”, fazendo-o corresponder a um aproveitamento da vulnerabilidade da vítima, defendendo que o mesmo não se reporta unicamente à inexperiência sexual. No lenocínio, por sua vez, a vulnerabilidade poderia ser explicada tomando por base as características e a situação das pessoas que enveredam por este caminho. Tal como Pacheco, que considera que o meio típico de execução “abuso de inexperiência da vítima” consubstancia um meio unitário e lato³⁹, acreditamos que, com a inserção no tipo legal do artigo 169.º, n.º 1 do CP do termo “vulnerabilidade”, que gozaria do mesmo carácter unitário e lato, seria possível abarcar um maior número de situações e, simultaneamente, voltar a considerar, indubitavelmente, a liberdade sexual como o bem jurídico desta norma.

³⁶ Costa & Alves, 2001, pp. 90-177.

³⁷ Costa & Alves, 2001, p. 180.

³⁸ Negrito nosso.

³⁹ Pacheco, 2012, p. 39.

IV - A questão do suposto consentimento do artigo 169.º, n.º 1 do CP

Alguns autores⁴⁰ consideram possível existir uma relação de reciprocidade entre aquele que fomenta, favorece ou facilita a prática de prostituição e aquele que leva a cabo essa mesma atividade, não devendo, nestes casos, haver criminalização.⁴¹ Não podemos esquecer que está aqui em causa uma relação triangular: entre o(a) prostituto(a) e o cliente, para a qual basta o acordo⁴² e entre o primeiro e o agente. Em relação a esta última, e considerando o lucro que este retira com a atividade levada a cabo por quem se dedica à prostituição, parece-nos pertinente a exigência de um cumprimento rigoroso dos requisitos do consentimento do artigo 38.º do CP. Esta exigência justifica-se para averiguar se a vontade de quem se prostitui é ou não livre, e tal averiguação afigura-se-nos oportuna, pois subjacente à conduta do agente está uma ideia de exploração, bem como um aliciamento dirigido à pessoa que se prostitui.

Recordando os pressupostos do consentimento⁴³, o primeiro diz respeito a saber se o(s) interesses(s) em causa é/são livremente disponível(eis). Este primeiro pressuposto está cumprido, já que a liberdade sexual é um bem disponível.

O segundo pressuposto exige que o facto consentido não ofenda os bons costumes. Concordamos com Taipa de Carvalho, que qualifica esta cláusula como “vaga”⁴⁴, não se afigurando como tarefa fácil precisar o seu conteúdo. Figueiredo Dias realça o facto de esta cláusula não remeter “para a contrariedade da moral”⁴⁵. Para este autor, um facto consentido constituirá uma ofensa aos bons costumes sempre que ele possua uma gravidade e uma irreversibilidade tais que façam com que, “apesar da disponibilidade do bem jurídico, a lei valore a sua realização mais altamente do que a auto-realização do seu titular”⁴⁶. Tal como Figueiredo Dias⁴⁷, Taipa de Carvalho partilha da opinião de que esta cláusula tem especial relevância no âmbito das ofensas à integridade física como forma de delimitar “aquelas que poderão ser consentidas eficazmente e as que não poderão ser”⁴⁸. Voltando à nossa questão, retirar proveitos económicos de alguém que se prostitui parece-nos configurar um ato possuidor de gravidade suficiente para ser contrário aos bons costumes. Contudo, não esquecendo a característica da irreversibilidade referida por Figueiredo Dias, cremos que tal não se preenche, pois a conduta do agente não é

⁴⁰ V.g. Almeida, 2005, p. 29.

⁴¹ Daí criticarem a supressão do elemento, “explorando situações de abandono ou de necessidade económica” do art. 169.º, n.º 1 do CP.

⁴² Que, evidentemente, também deverá ser livre.

⁴³ Dias, 2011, pp. 478 e ss.

⁴⁴ Carvalho, 2016, p. 455.

⁴⁵ Dias, 2011, p. 481.

⁴⁶ Dias, 2011, p. 481.

⁴⁷ Dias, 2011, p. 482.

⁴⁸ Carvalho, 2016, p. 455.

irreversível no sentido em que não provoca um dano irreparável como, por exemplo, uma mutilação (ofensa à integridade física que viola a cláusula dos bons costumes).

Do n.º 2 do artigo 38.º do CP consta que o consentimento tem de se traduzir numa vontade séria, livre e esclarecida, podendo ser livremente revogado até à execução do facto. A vontade será séria quando não haja um aproveitamento de uma determinada situação de vulnerabilidade da pessoa, algo que neste âmbito acontece com frequência. Como refere Almiro Rodrigues, “sete em dez prostitutas prostituem-se para ganhar o dinheiro necessário à sua subsistência e, com muita frequência, à dos seus filhos”⁴⁹. Barra da Costa e Lurdes Alves, partindo da análise de uma amostra de 50 indivíduos, concluíram que 36 apresentavam ligação às drogas⁵⁰, o que demonstra a sua particular vulnerabilidade. Estes autores acrescentam que algumas prostitutas só conseguem trabalhar sob o efeito de drogas. Contudo, alertam para o facto de não se poder afirmar, sem mais, que “a prostituição, em si, é uma causa ou um efeito da droga”⁵¹.

O consentimento dir-se-á livre quando não inquinado por qualquer vício de vontade⁵² como o erro, a ameaça e a coação⁵³. Já foi dito que aquele que fomenta, favorece ou facilita a prática de prostituição de outrem o faz recorrendo, inúmeras vezes, a estes métodos, pelo que temos sérias reservas quanto ao consentimento de quem se prostitui ser livre. Barra da Costa e Barata Alves chegam mesmo a afirmar que “a violência é um estado inerente ao mundo da prostituição”^{54 55}.

Por sua vez, também não é possível afirmar que o consentimento de quem se prostitui é esclarecido, uma vez que é por demais sabido que há um aliciamento aliado a falsas promessas que acabam por nunca ser concretizadas⁵⁶, não sendo reveladas às pessoas que enveredam pela prostituição as consequências que esta atividade comporta.

Com estes argumentos, cremos que, em regra, estaremos no âmbito de um *suposto consentimento*, sem relevo como causa de exclusão da ilicitude, visto não possuir carácter sério, livre e esclarecido nos termos do n.º 2 do artigo 38.º do CP.⁵⁷

Vários estudos demonstram que não há uma causa específica que explique a entrada na prostituição, mas sim várias, e a maioria revela que essa decisão é motivada pela situação vulnerável (social, financeira, familiar, afetiva, etc.) em que o indivíduo se encontra. Quem vive desta atividade está sujeito a todo o tipo de pressões, sendo utópico

⁴⁹ Rodrigues, 1984, p. 19.

⁵⁰ Costa & Alves, 2001, pp. 165-166.

⁵¹ Costa & Alves, 2001, p. 181.

⁵² Dias, 2011, p. 485.

⁵³ Note-se que, havendo violência ou ameaça grave, já estaremos no âmbito do artigo 169.º, n.º 2 do CP.

⁵⁴ Costa & Alves, 2001, p. 149.

⁵⁵ No mesmo sentido, Oliveira & Manita, 2003, pp. 216-230 e ss.

⁵⁶ Costa & Alves, 2001, p. 192; Rodrigues, 1984, p. 19.

⁵⁷ Cf. artigo 38.º, n.º 2 do CP: “O consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do facto”.

pensar que entre o agente e quem se prostitui existe uma relação paritária e perigoso fazer uma distinção entre prostituição livre e forçada, pois o(a) prostituto(a) não escolhe o exercício da prostituição de forma livre⁵⁸. Na verdade, o que existe é uma verdadeira exploração por parte do agente, que utiliza quem se prostitui “como mero produto de transação comercial, envolta em ambientes de degenerescência social que a transformam em mercadoria”^{59 60}.

V - A questão do bem jurídico e suas repercussões

Chegámos à, porventura, mais complexa e relevante questão, a de saber qual o bem jurídico previsto pelo artigo 169.º, n.º 1 do CP.

Quando o CP de 1982 entrou em vigor, manteve a designação dos crimes sexuais como atentados aos “‘fundamentos ético-sociais da vida social’, ligados aos ‘sentimentos gerais da moralidade sexual’”⁶¹. Assim, os bens jurídicos tutelados possuíam carácter supra individual, comunitário ou estadual, permanecendo a influência de carácter moralista. A reforma de 1995 consubstanciou um marco no capítulo dos crimes sexuais, abandonando “as tradicionais conotações moralistas, vinculadas aos ‘sentimentos gerais de moralidade sexual’”⁶² e fazendo dos crimes sexuais verdadeiros crimes contra as pessoas, autonomizando a liberdade e a autodeterminação sexual como único bem jurídico a proteger. Esta orientação assume-se como a única sustentável num Estado de Direito laico e pluralista, “no âmbito do qual o direito penal deve surgir como protagonista subsidiário de uma tutela fragmentária e de *ultima ratio* dos bens jurídicos essenciais da comunidade”⁶³, desprovido de qualquer influência de pendor moralista⁶⁴.

Antes de avançarmos para a delicada questão de saber qual o bem jurídico que a norma do artigo 169.º, n.º 1 protege, urge proceder a uma definição do bem jurídico liberdade sexual. De acordo com Karl Prellhaz Natscheradetz, na definição deste bem jurídico devem ser ponderadas as vertentes positiva e negativa.⁶⁵ Assim, na vertente positiva, “a liberdade sexual é definida como a livre disposição do sexo e do corpo para fins sexuais”, ou seja, a liberdade que cada um possui de opção e atuação no domínio da sexualidade. Na aceção negativa, a liberdade sexual traduz-se no direito de cada um não

⁵⁸ Cf. Pato, 2001, p. 139: “seria ingénuo e ilusório pensar que os homens e as mulheres escolhem livremente, e sem a pressão de necessidades extremas, o exercício da prostituição”.

⁵⁹ Costa, 2002, p. 412.

⁶⁰ Em sentido contrário, Albergaria & Lima, 2012, p. 206, que consideram que prostituição forçada não é verdadeira prostituição, pois tal conceito supõe uma relação sinalagmática. Também Pizarro de Almeida considera que, por vezes, essa sinalagmaticidade está presente (Almeida, 2005, p. 29).

⁶¹ Dias, 2012, p. 708.

⁶² Raposo, 2003, p. 938.

⁶³ Raposo, 2003, p. 931.

⁶⁴ Dias, 2012, p. 708; Garcia, 2011, p. 278.

⁶⁵ No mesmo sentido, Alfaiate, 2009, p. 86.

sofrer qualquer tipo de intromissão ou suportar a realização de atos de natureza sexual contra a sua vontade^{66 67}.

A questão referente ao bem jurídico, que a norma do artigo 169.º visa tutelar, revela-se particularmente controversa, não existindo unanimidade doutrinal e jurisprudencial. Sendo inequívoco que os crimes sexuais tutelam a liberdade e a autodeterminação sexual, dúvidas subsistem quanto ao n.º 1 do artigo 169.º, tendo em conta a sua ambígua redação; relacionada com esta questão surge a de saber se a reforma de 1995 terá sido em vão e se a de 1998 constituiu um retrocesso e um retorno às conceções moralistas.

Na perspetiva de Mouraz Lopes e Tiago Milheiro, o n.º 1 não tutela a liberdade sexual, único fundamento para os crimes contra a liberdade sexual⁶⁸, revelando-se incompatível com o artigo 18.º da CRP. Corroborando esta posição, temos Anabela Rodrigues, alegando que o que esta disposição legal visa proteger é uma certa ideia de defesa do sentimento geral de pudor e de moralidade, algo que não faz parte do campo de intervenção do Direito Penal⁶⁹. Conclui, deste modo, que este crime é um crime sem vítima⁷⁰. Esta autora vai mais longe invocando que, mesmo antes da reforma de 1998, uma vez que o preenchimento do tipo legal do n.º 1 do 169.º se bastava com a verificação das situações de abandono ou de necessidade económica, não seria de concluir pela tutela do bem jurídico liberdade sexual; apenas nas situações de “pressão” ou “coação” sobre a pessoa em causa a incriminação se revelaria justificada⁷¹. Assim, a autora alega que o bem jurídico protegido era transpessoal, não competindo ao Direito Penal a sua tutela⁷². Não nos parece que assista razão à autora, visto que explorar outrem pode não ser feito apenas recorrendo à coação, mas também através de, por exemplo, indução de outra pessoa em erro⁷³.

Joaquim Malafaia partilha da opinião dos autores mencionados, acrescentando que o que a norma do 169.º, n.º 1 do CP visa punir é, não a prostituição, mas o comportamento de quem vive dessa atividade e lucra com as receitas geradas pela mesma, sendo profissional (proxeneta) ou não. Não obstante tal conduta poder ser moralmente censurável, o Direito Penal “deixou de ser um direito tutelar da ‘honestidade’, dos ‘costumes’ ou dos ‘bons costumes’,” passando o seu âmbito de

⁶⁶ Natscheradetz, 1985, pp. 141-142.

⁶⁷ No mesmo sentido, Torrão, 1995, pp. 562-563.

⁶⁸ Cf. Lopes & Milheiro, 2015, p. 106: “O que é tutelado no n.º 1, como bem jurídico, é uma determinada conceção de vida que não se compadece com a aceitação do exercício profissional ou com intenção lucrativa do fomento, favorecimento ou facilitação da prostituição”.

⁶⁹ Cf. Rodrigues, 2012, p. 797: “Tudo o mais (...) é proteger bens jurídicos transpersonalistas de étimo moralista por via do direito penal (...) aproximando-nos perigosamente de um direito penal de ‘fachada’”.

⁷⁰ Rodrigues, 2012, p. 798. No mesmo sentido, ac. do TRP de 11/04/2012, proc. 8/06.2GAAMT.P1, p. 6.

⁷¹ Rodrigues, 2012, p. 798.

⁷² Rodrigues, 2012, p. 799.

⁷³ V.g. no crime de tráfico de pessoas, previsto no artigo 160.º do CP, um dos meios utilizados é o ardil ou a manobra fraudulenta, conforme consta da alínea b), que consiste em induzir a vítima em erro.

aplicação a incidir, meramente, sobre os casos em que determinado bem jurídico é posto em causa⁷⁴. A ponte entre o lícito e o ilícito reconduz-se à existência ou não de consentimento, ao facto de a decisão de se prostituir ser tomada livremente ou não. Este autor acrescenta que não basta o mero consentimento formal, ou seja, não basta a ideia de que, aparentemente, existe consentimento. Refere ainda que a decisão de quem se prostitui só é livre se o consentimento for real, isto é, desprovido de qualquer fator que condicione a vontade do(a) prostituto(a)⁷⁵. Se tal se verificar, a norma do 169.º, n.º 1 revela-se inconstitucional por ser uma norma destituída de bem jurídico, entrando em conflito com a disposição constitucional do artigo 18.º, n.º 2 da CRP⁷⁶.

Sénio Alves concorda, em parte, com as posições anteriores, afirmando que o lenocínio, em bom rigor, não constitui um crime contra a liberdade e autodeterminação sexual. Todavia, considera que esta norma protege um bem jurídico, mas não a liberdade e autodeterminação sexual. Ao invés, o bem jurídico aqui salvaguardado é o “interesse geral da sociedade na preservação da moralidade sexual e do ganho honesto”, alicerçando a sua posição num acórdão do STJ de 07/11/1990⁷⁷, propondo a deslocação deste crime para o título IV – “Dos crimes contra a vida em sociedade”.

Pedro Vaz Patto também defende a manutenção da criminalização desta conduta, embora, ao contrário de Sénio Alves, considere que o bem jurídico aqui em causa é a dignidade da pessoa humana⁷⁸ e, sendo esta indisponível, a incriminação assume-se como legítima, sendo “essa indisponibilidade que limita a relevância do consentimento do ofendido como causa de exclusão da ilicitude penal”⁷⁹, tal como acontece no crime de escravatura.

Pinto de Albuquerque opina que, apesar da reforma de 1998 ter eliminado a expressão “explorando situações de abandono ou de necessidade económica”, o bem jurídico alvo de tutela continua a ser a liberdade sexual.⁸⁰

Inês Ferreira Leite argui que o bem jurídico aqui presente é também a liberdade sexual, pois considera que, subjacente à incriminação, estará sempre presente “o fator de exploração da pessoa que se prostitui, exploração esta que se encontra associada tipicamente a uma diminuição do âmbito de autonomia da vontade da mesma”⁸¹. A autora qualifica este crime como de perigo concreto, tendo de se provar que o exercício da atividade de prostituição revela, no caso concreto, aptidão para condicionar ou

⁷⁴ Malafaia, 2009, pp. 46-47.

⁷⁵ Malafaia, 2009, p. 54.

⁷⁶ Malafaia, 2009, p. 49.

⁷⁷ Alves, 1995, p. 68. Cf. ac. do STJ de 07/11/1990, processo n.º 041168.

⁷⁸ No mesmo sentido, ac. do TRL de 19/01/2016, proc. 5964/11.6T3SNT.L1-5, p. 82 e ac. do STJ de 05/09/2007, proc. 07P1125, p. 24.

⁷⁹ Patto, 2001, p. 138.

⁸⁰ Cf. Cap. III (“interpretação constitucional restritiva”).

⁸¹ Leite, 2011, p. 48.

diminuir a esfera de autonomia da vontade da pessoa que se prostitui. Isso sucederá quando o agente que fomenta, favorece ou facilita o exercício da prostituição o faz exercendo pressão de facto sobre a vítima para que esta exerça ou continue a exercer a prostituição, como acontecerá sempre que a intervenção de terceiro imponha horários desproporcionais, percentagens substanciais do proveito auferido pela pessoa que se prostitui e retenção da pessoa que se prostitui em locais pré-determinados, entre outras. Se a intervenção de terceiro, embora remunerada, tem em vista a melhoria das condições do exercício da prostituição, garantindo condições de segurança e de promoção da saúde do(a) prostituto(a), não haverá lugar à incriminação⁸². A tese desta autora não se afigura de fácil aplicação prática, pois as situações atrás descritas são extremamente difíceis de provar e a letra da lei parece ir no sentido de que o crime é de perigo abstrato.

Para Albuquerque, o lenocínio é, quanto ao grau de lesão do bem jurídico protegido (liberdade sexual), um crime de dano⁸³; porém, considera tratar-se de um crime formal ou de mera atividade, o que parece contraditório, pois afirma que o crime se consuma com a realização do primeiro ato de prostituição⁸⁴. Maia Gonçalves⁸⁵ partilha da opinião de Albuquerque ao considerar tratar-se de um crime formal, mas afasta-se daquele autor quando afirma que se pode equiparar aos crimes de perigo abstrato⁸⁶, não sendo necessária a verificação de um dano efetivo na moralidade sexual ou no pudor da vítima⁸⁷.

Em relação ao concurso de crimes, as opiniões da doutrina bifurcam. Jorge Dias Duarte, partindo do pressuposto de que o bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual é de carácter eminentemente pessoal, conclui que se verifica um concurso efetivo de crimes sempre que exista uma pluralidade de vítimas cujo exercício da prostituição seja fomentado, favorecido ou facilitado pelo agente do crime⁸⁸. Este autor fundamenta a sua posição no artigo 30.º, n.º 1 do CP, em doutrina e também em jurisprudência⁸⁹. No mesmo sentido, temos Maia Gonçalves⁹⁰, Pinto de Albuquerque⁹¹ e Inês Ferreira Leite⁹². Esta autora adverte, não obstante, para o facto de que, se se considerar, como fazem alguns autores, que é a dignidade humana o bem jurídico aqui protegido e que a censura se dirige ao modo de vida do agente que pratica o crime em questão, a tendência será a

⁸² Leite, 2011, pp. 85-86.

⁸³ Albuquerque, 2015, p. 671.

⁸⁴ Albuquerque, 2015, pp. 671-674.

⁸⁵ Gonçalves, 2007, p. 643.

⁸⁶ Gonçalves, 2007, p. 645. Essa questão da possibilidade de integrar este crime no âmbito dos crimes de perigo abstrato será, posteriormente, objeto de detalhada análise.

⁸⁷ Esta consideração não deixa de suscitar alguma perplexidade, pois o autor afirma que o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual (Maia, 2007, p. 644).

⁸⁸ Duarte, 2003, p. 33.

⁸⁹ Duarte, 2003, p. 34.

⁹⁰ Duarte, 2003, p. 34.

⁹¹ Albuquerque, 2015, p. 674.

⁹² Leite, 2011, p. 49.

de considerar como apenas um crime as situações de exploração sexual de diversas pessoas.⁹³ É precisamente essa a posição de Mouraz Lopes e de Tiago Milheiro. Para estes autores, o bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual apenas está tutelado no n.º 2 do artigo 169.º. Relativamente ao n.º 1, referido anteriormente, entendem que tal disposição não visa salvaguardar a liberdade e a autodeterminação sexual nem a dignidade humana, sendo, ao invés, alvo de censura o aproveitamento económico da prostituição⁹⁴. Desta forma, independentemente do número de pessoas que se prostituem, o juízo de censura reduz-se ao comportamento de quem retira dividendos com a prostituição de outrem⁹⁵.

Adotamos a posição de Dias Duarte, partindo do pressuposto que a *ratio* da norma é a liberdade sexual. Assim, se o agente fomentar, favorecer ou facilitar a prática de prostituição de várias pessoas haverá concurso efetivo, pois é a liberdade de cada uma delas, individualmente, que deve ser ponderada. Pelo contrário, se se considerar que a norma em apreço deve inserir-se no Título IV do CP, teoria que será posteriormente aprofundada, a hipótese do concurso deixa de se colocar, aproximando-nos assim da posição de Mouraz Lopes e Tiago Milheiro.

No que concerne ao crime continuado, a letra da lei⁹⁶ é inequívoca ao não permitir tal possibilidade no âmbito dos crimes sexuais. A jurisprudência segue esse mesmo sentido.⁹⁷

Importa ainda abordar a relação entre o crime de lenocínio e o de tráfico de pessoas previsto e punido no artigo 160.º do CP. Para Mouraz Lopes e Tiago Milheiro, essa relação deve apenas ser tida em conta no tocante às situações subsumíveis ao n.º 2 do artigo 169.º, visto que o n.º 1 do mesmo artigo pressupõe, na sua ótica, o exercício livre da prostituição. Quando este não se verifica, entra-se no âmbito do crime de tráfico de pessoas.

No que concerne ao n.º 2, considerando que o crime de tráfico de pessoas, na sua forma mais gravosa, tutela a dignidade da pessoa humana, nunca se poderá falar de uma relação de concurso efetivo entre esse crime e o de lenocínio devido à maior gravidade do primeiro, acabando por consumir o segundo. Para além deste argumento, refira-se

⁹³ Porém, não compreendemos como é que a autora pode ter em conta a dignidade da pessoa humana e considerar apenas um só crime. A dignidade tem de ser tutelada em relação a cada vítima.

⁹⁴ Lopes & Milheiro, 2015, p. 117.

⁹⁵ No mesmo sentido, ac. do TRC de 10/07/2013, proc. 61/10.4TAACN.C1, p. 1: “Comete um só crime de lenocínio previsto e punido pelo artigo 169.º, n.º 1 do CP quem, na execução da mesma resolução, favorece a prostituição de várias mulheres”, e ac. do TRP de 11/04/2012, proc. 8/06.2GAAMT.P1, p. 6: “Donde se há de concluir necessariamente pela formação de uma só resolução criminosa”.

⁹⁶ Cf. art. 30.º do CP: “2 – Constitui um só crime continuado a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, executada por forma essencialmente homogênea e no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente. 3 – O disposto no número anterior não abrange os crimes praticados contra bens eminentemente pessoais”.

⁹⁷ V.g. ac. do TRP de 28/03/2012, proc. 86/08.OGBOVR.P1, p. 55: “não há crime continuado (...) quando o agente tiver atacado bens pessoalíssimos de mais de um portador”.

ainda o facto de o crime de tráfico, na modalidade de exploração sexual, também tutelar a liberdade e a autodeterminação sexual⁹⁸. Opinião contrária é a de Anabela Rodrigues, alegando que poderão existir casos nos quais haja concurso efetivo⁹⁹ pois, apesar de ambos protegerem o mesmo bem jurídico (liberdade sexual da pessoa), protegem manifestações diferentes dessa liberdade. No caso do lenocínio, visa-se a liberdade sexual. No caso do tráfico, visa-se a liberdade de ação ou de decisão¹⁰⁰.

VI - Pode considerar-se o tipo legal previsto no artigo 169.º, n.º 1 do CP um crime de perigo abstrato?

Antes de respondermos à pergunta propriamente dita, cumpre relembrar sucintamente em que consistem os crimes de perigo.

Encontramos crimes de perigo concreto e abstrato. Nos primeiros, o perigo faz parte do tipo, ou seja, o tipo legal preenche-se quando o bem jurídico é efetivamente posto em perigo¹⁰¹. Nos crimes de perigo abstrato, o perigo não é elemento do tipo, é simplesmente motivo da proibição¹⁰². Existe assim uma espécie de presunção inelidível de perigo sendo, por isso, a conduta do agente punida independentemente de ter sido criado, ou não, um perigo efetivo para o bem jurídico^{103 104}.

Questiona-se, por vezes, a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato por constituírem uma tutela demasiado avançada de um bem jurídico, conflituando com os princípios da legalidade e da culpa. A doutrina majoritária e a jurisprudência¹⁰⁵ têm-se, porém, pronunciado a favor da sua não inconstitucionalidade quando visarem tutelar bens jurídicos de grande importância, quando for possível identificar claramente o bem jurídico tutelado e a conduta típica for descrita de uma forma precisa e minuciosa¹⁰⁶. De facto, Faria Costa¹⁰⁷ alega que o alargamento da punibilidade, que se dá com a criminalização de situações de pôr-em-perigo, não se traduz num aumento de prevenção criminal. O que isto significa é que, para este autor, “a legitimidade da criminalização das condutas de pôr-em-perigo não advém da circunstância de aquela criminalização fazer diminuir a criminalidade”¹⁰⁸. O que legitima os crimes de perigo abstrato é a existência de um concreto e determinado bem jurídico com dignidade constitucional, no

⁹⁸ Lopes & Milheiro, 2015, pp. 117-118.

⁹⁹ No mesmo sentido, Carvalho, 2012, pp. 687-688.

¹⁰⁰ Rodrigues, 2012, p. 814.

¹⁰¹ V.g. crime de abandono (art. 138.º do CP).

¹⁰² V.g. crime de condução de veículo em estado de embriaguez (art. 292.º do CP).

¹⁰³ Dias, 2011, p. 309.

¹⁰⁴ No mesmo sentido, Silva, 2012, p. 36.

¹⁰⁵ V.g. ac. do TRC de 23/10/2013, proc. 24/12.5PEFIG.C1.

¹⁰⁶ Dias, 2011, pp. 309-310.

¹⁰⁷ Costa, 1992, p. 575.

¹⁰⁸ Costa, 1992, p. 576.

fundo, um bem jurídico-penal¹⁰⁹, sendo desta maneira respeitado o princípio da ofensividade. Concluímos, assim, que o crime de lenocínio, na sua redação atual, pode configurar um crime de perigo abstrato, se entendermos que o bem jurídico que a norma visa acautelar é a liberdade sexual (bem jurídico com inegável dignidade constitucional), entendimento esse que não goza de unanimidade doutrinal e jurisprudencial. Esta hipótese de se considerar o crime de lenocínio como um crime de perigo abstrato já foi avançada pela jurisprudência, destacando-se o paradigmático acórdão do TC n.º 144/04, que será alvo de pormenorizada análise em capítulo autónomo. O acórdão em questão justifica esta opção com base no contexto de exploração em que tem lugar a prostituição, defendendo que a norma visa salvaguardar a dignidade humana.¹¹⁰ Embora reconheçamos que a norma visa salvaguardar a dignidade humana, não se poderá identificar o bem jurídico com esse princípio, transversal a várias normas, pois tal seria demasiado vago e impreciso.¹¹¹ Considerar que a norma do 169.º, n.º 1, que tem causado tanta celeuma na doutrina e jurisprudência, tem a dignidade humana como bem jurídico, apenas faria com que a polémica em torno desta disposição legal se adensasse. Concordamos com Pedro Soares de Albergaria e Pedro de Lima, que caracterizam este “conceito” como complexo e cujo conteúdo axiológico se afigura difícil de definir¹¹². Todavia, não podemos deixar de chamar a atenção para o facto de a dignidade humana, enquanto princípio, estar presente em vários bens jurídicos, não constituindo a liberdade sexual uma exceção. Acontece que esse princípio é posto em causa por quem fomenta, facilita ou favorece a prática por outrem de prostituição, pois a tal comportamento subjaz uma “mercantilização” do corpo da pessoa que se dedica à prostituição, que não se coaduna com este princípio, verdadeiro corolário de um Estado de Direito (artigo 1.º da CRP).

Constatamos que conceber o tipo legal do 169.º, n.º 1 como um crime de perigo abstrato não acabaria com as críticas quanto à indeterminação do bem jurídico que a norma procura tutelar, o que nos leva, por conseguinte, a uma outra possível solução. Essa solução passa por manter a redação do artigo 169.º, n.º 1 do CP inalterada, passando a inseri-lo no Título IV do CP (“Dos crimes contra a vida em sociedade”). Com esta inserção, o crime passaria a ser de dano, mas o problema quanto ao bem jurídico manter-se-ia. Pelas razões atrás invocadas, dizer que o bem jurídico alvo de proteção é a dignidade humana não iria acabar com as divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Poder-se-ia, então, alegar que o bem jurídico em causa é a paz pública, pois o lenocínio

¹⁰⁹ Costa, 1992, p. 646.

¹¹⁰ Cf. ac. do TC n.º 144/04, de 10/03/2004, p. 4: “tudo justificando a proteção por meios penais contra a necessidade de utilizar a sexualidade como modo de subsistência, proteção diretamente fundada no princípio da dignidade humana”.

¹¹¹ Cf. ac. do TC n.º 654/11, de 21/12/2011 (voto de vencido de Joaquim Sousa Ribeiro), pp. 8-9.

¹¹² Albergaria & Lima, 2012, p. 241.

está ligado a redes de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, o que, certamente, constituiria um atentado à paz pública e à vida em sociedade. Todavia, e de acordo com a orientação de Taipa de Carvalho¹¹³, o bem jurídico tutelado pelo tipo legal do crime de tráfico de pessoas é a liberdade pessoal, sendo que o mesmo autor admite que a dignidade humana é também diretamente tutelada por este tipo legal, pois o corpo da vítima é transformado em mero objeto de exploração sexual ou laboral, o que nos traria de volta ao mesmo problema de precisar o conteúdo deste intrincado bem jurídico.

Uma terceira solução, porventura a mais adequada, passa por uma nova redação do artigo 169.º, n.º 1 do CP incluindo, como já anteriormente proposto, o elemento “vulnerabilidade”. Com a inserção deste elemento, poder-se-á dizer, agora sem dúvidas, que o bem jurídico é a liberdade sexual, não se revelando necessário inserir o tipo legal em causa noutro título do CP. Como sabemos, a atual redação do artigo provoca muitas dúvidas na doutrina quanto às seguintes questões: saber qual o bem jurídico visado pela norma em apreço; e se esta não será mesmo desprovida de bem jurídico. A redação por nós sugerida acabaria com tais dúvidas, definindo um bem jurídico preciso e identificável que não alimentaria divergências relativamente ao seu conteúdo. As críticas que poderiam ser feitas prender-se-iam com a dificuldade em provar o elemento “vulnerabilidade”, pois o crime passaria a ser de perigo concreto (ou de dano?), razão que levou à supressão do elemento “explorando situações de abandono ou de necessidade económica”. Porém, o elemento “vulnerabilidade” goza de maior amplitude do que o anterior, pois abarca um maior número de situações. Vulnerabilidade engloba não apenas abandono e necessidade económica, mas também carências sociais e afetivas, a situação familiar, o ter sido negligenciado ou alvo de abusos sexuais em criança, entre outras, reduzindo substancialmente as dificuldades probatórias e conferindo uma maior proteção a quem se dedica à prostituição.

VII - A (in)constitucionalidade do artigo 169.º, n.º 1 do CP

São vários os autores que alegam a inconstitucionalidade do artigo 169.º, n.º 1 do CP. Mouraz Lopes e Tiago Milheiro invocam a inconstitucionalidade da norma por conflitar com o artigo 18.º da CRP, declarando que, desde a supressão da exigência típica “explorando situações de abandono ou de necessidade económica”, o legislador passou a incriminar “comportamentos para além dos que ofendem o bem jurídico da liberdade sexual, relativamente aos quais não pode ser afirmada a *necessidade* de restrição do direito à liberdade enquanto direito necessariamente implicado na punição”¹¹⁴, questionando a compatibilização constitucional da norma em causa com os

¹¹³ Carvalho, 2012, p. 678.

¹¹⁴ Lopes & Milheiro, 2015, p. 108.

artigos 18.º, n.º 2 e 27.º, n.º 1 e n.º 2 da CRP. O autor termina opinando que o Direito Penal só deve intervir quando todos os outros sistemas sancionatórios se mostrarem insuficientes, sob pena de se cair no chamado “direito penal de autor”. Atentemos nas disposições legais que, segundo Lopes e Milheiro, são violadas. Começando pelo artigo 27.º, que refere, no n.º 1 e no n.º 2, que todos têm direito à liberdade, não podendo ser ninguém privado, total ou parcialmente, da mesma, cumpre dizer que a liberdade da pessoa que se prostitui não é posta em causa pelo artigo 169.º, n.º 1, pois cada um tem a liberdade de dispor do seu corpo. O que está em causa é alguém aproveitar-se de quem dispõe do seu corpo para daí retirar vantagens patrimoniais, o que consubstancia um ato de “mercantilização” do corpo de outrem¹¹⁵. Deve esta suposta liberdade beneficiar de proteção constitucional? “Liberdade” essa que consiste em retirar proveitos económicos da prática de prostituição por parte de outrem? Na nossa ótica, as respostas apresentam-se, ambas, como negativas. Quanto à aplicação da pena de prisão, tal revela-se, no nosso entender, justa, adequada e proporcional, pois consideramos que esta deve ser aplicada sempre que a liberdade sexual for posta em causa. Mesmo considerando, como alguma doutrina e jurisprudência o fazem, que o preceito legal não tutela a liberdade sexual, a utilização da sexualidade alheia como modo de subsistência conflitua com o princípio da dignidade humana; logo, a pena de prisão continua a afigurar-se como legítima¹¹⁶. Um dos argumentos do MP no acórdão 144/2004 é precisamente o de não poder ser considerado liberdade (no caso liberdade de profissão) o “viver às custas de outras pessoas”. Tal afirmação afigura-se-nos correta, pois essa liberdade nunca pode ser considerada como limitada, uma vez que nem sequer é constitucionalmente reconhecida¹¹⁷.

Mouraz Lopes e Tiago Milheiro referem que aquele(a) que se prostitui pode associar-se “*voluntariamente*” com quem fomenta, favorece ou facilita a prática de prostituição. Já enunciámos atrás as razões das nossas reservas quanto ao carácter sério, livre e esclarecido de quem se prostitui, concluindo, portanto, pela não voluntariedade, em regra, da associação entre o(a) prostituto(a) e o agente.

Assim, não faz sentido invocar o artigo 18.º, n.º 2 da CRP para arguir a inconstitucionalidade do artigo 169.º, n.º 1 do CP. O que esta disposição constitucional nos diz é que “a lei só pode restringir (...) devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. O direito de uma pessoa se prostituir não é, como já percebemos, restringido. O suposto

¹¹⁵ Patto, 2001, p. 138.

¹¹⁶ No mesmo sentido, ac. do STJ de 05/09/2007, proc. 07P1125, p. 27.

¹¹⁷ Cf. contra esta posição argumentos da recorrente *in* ac. do TC n.º 144/2004, de 10/03/2004, p. 2: “incriminar-se a atividade comercial ou lucrativa que tem por base a prostituição (...) corresponde a privar os cidadãos de exercer uma atividade profissional por imposição de regras morais”.

direito de lucrar com quem se dedica à prostituição também não é restringido, visto que esse “direito” não é sequer constitucionalmente reconhecido e não possui dignidade constitucional, não fazendo sentido, por conseguinte, chamar à colação o artigo 18.º, n.º 2 da CRP. Por outro lado, o artigo 18.º, n.º 2 permite ainda que seja restringida a liberdade através da pena de prisão, de forma a proteger bens jurídicos de carácter essencial. Se se admitir que o bem jurídico em causa é a liberdade sexual, dúvidas não se colocam quanto à legitimidade da aplicação de pena de prisão e que esta se revela adequada e proporcional. Todavia, sabemos que a atual redação do artigo é propensa a várias interpretações, o que leva determinada doutrina a negar que a liberdade sexual seja tutelada pelo artigo 169.º, n.º 1 e a questionar se esta norma é desprovida de bem jurídico. Mesmo assim, é inegável que as condutas descritas neste tipo legal não respeitam o princípio da dignidade humana, pois este princípio repudia a instrumentalização da pessoa¹¹⁸. Tratar uma pessoa como mero instrumento de prestação sexual, mesmo com o consentimento da vítima, revela-se incompatível com a dignidade humana, valor constitucional que representa um dos corolários de um Estado de Direito como o nosso.

Pedro Soares de Albergaria e Pedro Mendes Lima também defendem a inconstitucionalidade da norma alvo de análise, concluindo que esta é desprovida de um bem jurídico, o que faz com que a pena imposta ao agente seja desproporcional, violando o disposto no artigo 18.º, n.º 2 da CRP¹¹⁹. O facto de se sancionar um crime sem vítima faz com que à incriminação prevista no artigo 169.º, n.º 1 lhe falte dignidade penal¹²⁰. Os autores rejeitam a interpretação restritiva de Albuquerque, argumentando que a intenção do legislador foi a de colocar a expressão “especial vulnerabilidade” no tipo qualificado deixando tal circunstância de relevar no tipo simples, não se podendo proceder a uma interpretação conforme à CRP sob pena de violação do princípio de separação de poderes previsto no artigo 2.º da CRP. A expressão que surge agora no tipo qualificado é “especial vulnerabilidade”. O que sugerimos é que passe a constar no n.º 1 a expressão “vulnerabilidade”, que não conflitua com a anterior, uma vez que a expressão “especial vulnerabilidade” pressupõe uma vulnerabilidade acrescida, mais gravosa, daí estar inserida no tipo qualificado. Conclui-se que os argumentos utilizados pelos autores supracitados são discutíveis, pois assumem que a intenção do legislador foi a de que o elemento “especial vulnerabilidade” passasse a relevar no tipo qualificado, o que nos parece acertado, e deixasse de relevar no n.º 1, o que nos parece errado, pois esse elemento nunca foi tido em conta no tipo simples. O legislador não utiliza, e bem, a expressão “especial vulnerabilidade” no n.º 1, pois estaria a incorrer na violação do

¹¹⁸ Patto, 2001, p. 134.

¹¹⁹ Albergaria & Lima, 2012, p. 255.

¹²⁰ Albergaria & Lima, 2012, p. 256.

princípio da dupla valoração. Daí que aventemos, mais uma vez, de maneira a acabar com todas as dúvidas e ambiguidades em torno desta disposição legal, que da mesma passe a constar o elemento “**vulnerabilidade**”¹²¹, permanecendo o elemento “especial vulnerabilidade” no n.º 2.

VIII - Análise Jurisprudencial

A nível jurisprudencial, optámos por incluir as questões acerca do bem jurídico, (in)constitucionalidade da norma e possibilidade de ser um crime de perigo abstrato no mesmo capítulo, pois estas três questões acabam por estar relacionadas. Apesar de já se ter suscitado várias vezes a questão da compatibilização constitucional, e consequentemente da (in)existência de bem jurídico do n.º 1 do artigo 169.º, a tendência vai no sentido de defender a sua não inconstitucionalidade, embora nem todas as decisões gozem de unanimidade.

Cumpre iniciar a análise jurisprudencial pelo acórdão do TC n.º 144/2004. Este acórdão, paradigmático na sua abordagem, coloca a tónica no facto de a norma em causa não punir a prostituição, mas sim “o fomentar, o favorecer ou o facilitar o exercício da prostituição, profissionalmente ou com intenção lucrativa”,¹²² sendo esse aproveitamento ético e juridicamente censurável, violando valores da comunidade e concepções ético-sociais dominantes.

Quanto à questão Direito/Moral, que será ulteriormente tratada num capítulo autónomo, o acórdão afirma que, independentemente das várias teorias, não é possível negar que “existem bens e valores que participam das duas ordens normativas”,¹²³ não podendo ser tratadas como realidades estanques. A recorrente alega que o artigo 169.º, n.º 1 restringe o direito à liberdade de consciência previsto no artigo 47.º, n.º 1 da CRP. Esta alegação é rebatida, e bem, na nossa opinião, pelos relatores que contra-argumentam que essa liberdade não é posta em causa pois “não integra uma dimensão de liberdade de se aproveitar das carências alheias ou de lucrar com a utilização da sexualidade alheia”.¹²⁴ O acórdão faz ainda menção ao facto de, associadas à prostituição, estarem situações de carência e exploração, pelo que a supressão do elemento “explorando situações de abandono ou necessidade económica” não significa que a norma não continue a procurar evitar tais situações, explicando que esta supressão se justifica por opções de política criminal, pois revela-se como árdua a tarefa de provar essa exploração. Através desta argumentação, pensamos ser possível concluir que o acórdão considera a hipótese do crime em análise poder ser um crime de perigo abstrato,

¹²¹ Negrinho nosso.

¹²² Cf. ac. do TC n.º 144/2004, de 10/03/2004, p. 1.

¹²³ Cf. ac. do TC n.º 144/2004, p. 2.

¹²⁴ Cf. ac. do TC n.º 144/2004, p. 3.

pois evitar aquelas situações é a *ratio* da norma, não tendo de se provar o perigo no caso concreto¹²⁵. O acórdão termina com a comparação do lenocínio ao crime de escravatura¹²⁶. O crime de escravatura consiste em reduzir uma pessoa à condição de escravo, coisificá-la, tratá-la como sua propriedade, colocando-a num estado de sujeição total e desprovida de personalidade jurídica¹²⁷. Não nos parece que, no âmbito do crime de lenocínio, a pessoa que se prostitui se encontre desprovida de personalidade jurídica e que seja reduzida à condição de “coisa”, ficando num estado de sujeição total em relação ao agente. Não obstante, é inegável que a conduta do agente resulta, como já dissemos anteriormente, “numa mercantilização” da pessoa que se prostitui e do seu corpo que, nas palavras de Vaz Patto, são “reduzidos a objeto de prazer”¹²⁸. Isto leva-nos a estabelecer uma comparação com o caso das barrigas de aluguer. A lei 32/2006 é clara ao não permitir, de acordo com o artigo 39.º, a gestação de substituição a título oneroso. Interrogamo-nos porque é que esta proibição é consensual e, no entanto, a mercantilização do corpo para fins sexuais (que fere a dignidade da pessoa que se prostitui de uma forma muito mais violenta) já dá origem a tantas divergências.

Antes de avançar com mais análise jurisprudencial, importa fazer referência ao comentário de Pizarro de Almeida relativamente ao mencionado acórdão. Esta autora tece inúmeras críticas à argumentação do TC no âmbito do acórdão 144/2004. Em primeiro lugar, afirma que a jurisprudência fixada neste acórdão parte de uma perspetiva errada de que todos os casos de prostituição pressupõem “exploração”, o que, na sua ótica, não é verdade, pois há situações nas quais existe uma verdadeira relação sinalagmática¹²⁹. A autora chega a afirmar, para nossa estupefação, que existem mesmo laços afetivos entre quem se prostitui e quem fomenta essa mesma prática e que o proxenetismo, bem como o rufianismo, “preenchem uma função de apoio que minimiza os riscos e custos da atividade”¹³⁰. Outra crítica é direcionada ao facto de o acórdão em questão se basear, na sua argumentação, em “valorações éticas, sem suporte jurídico-penal e, menos ainda, jurídico-constitucional”¹³¹. Tal não é, em nossa opinião, rigorosamente assim, visto que, ao longo do acórdão, são enunciados vários argumentos de índole jurídica, como o facto de se considerar que o princípio dignidade humana é posto em causa e que o tipo de ilícito em causa consubstancia um crime de perigo abstrato. Aliás, esta última hipótese é também rejeitada pela autora, afirmando que falta o nexo de causalidade entre a conduta proibida e o perigo, necessário, nem que seja como

¹²⁵ Cf. *supra* Cap. VI.

¹²⁶ Cf. ac. do TC n.º 144/2004, de 10/03/2004, p. 4: “A própria condição da escravatura requer que o escravo não se veja a si próprio como alguém que possui ou a quem falta autonomia”.

¹²⁷ Dias, 2012, pp. 671-672.

¹²⁸ Patto, 2001, p. 138.

¹²⁹ Almeida, 2005, p. 29.

¹³⁰ Almeida, 2005, p. 31.

¹³¹ Almeida, 2005, p. 29.

imputação potencial, para que estejamos perante um crime de perigo abstrato. A autora rejeita ainda que as estatísticas possam servir de fundamento à “presunção”.¹³² Discordamos desta posição. Na verdade, tem-se entendido que os crimes de perigo abstrato se fundamentam na “elevada perigosidade da conduta, demonstrada pela experiência”¹³³. Questionamos se as estatísticas¹³⁴ não vêm quantificar a experiência da vida em sociedade, no fundo a realidade como ela é. Se assim as entendermos, serão uma boa base para a presunção.

No que toca ao princípio da dignidade humana, Pizarro de Almeida nega que esse princípio seja posto em causa, estabelecendo uma analogia com a pornografia, que, quando não envolve menores de 14 anos,¹³⁵ deve ser uma atividade considerada à margem do Direito Penal, apesar de poder ser considerada pela maioria da sociedade como reprovável¹³⁶.

Por último, no acórdão n.º 144/2004, o TC invoca a Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e de Exploração de Outrem, ratificada em 1991 por Portugal. O artigo 1.º dessa Convenção apela à punição de quem alicie ou explore a prostituição de outra pessoa. Todavia, Almeida alerta para o artigo 27.º dessa mesma Convenção, do qual consta uma cláusula de salvaguarda que delimita as medidas a tomar pelos Estados, concluindo a autora que a Convenção, só por si, não resolve a questão da hipotética inconstitucionalidade da criminalização destas condutas.¹³⁷ Não nos parece, todavia, que a criminalização destas condutas seja inconstitucional, estando, até, em sintonia com o apelo da Convenção.

Um outro acórdão do TC, com o n.º 303/2004, parece admitir que a disposição legal alvo de análise não tutela, pelo menos diretamente, o bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual. Todavia, este entendimento não chega para que se conclua de forma automática pela inconstitucionalidade e consequente descriminalização. Este acórdão revela-se parco no que concerne à argumentação utilizada e que pugna pela não inconstitucionalidade do artigo 169.º, n.º 1, além de não ser capaz de definir que bem jurídico a norma em apreço visa tutelar.¹³⁸ Ao invés, prefere remeter, à imagem de outra jurisprudência, para o acórdão n.º 144/2004, socorrendo-se dos argumentos utilizados pelos seus relatores.

¹³² Almeida, 2005, p. 31.

¹³³ Carvalho, 2016, p. 305.

¹³⁴ Cf. Costa & Alves, 2001, pp. 165 e ss.

¹³⁵ Note-se, porém, que o crime de pornografia de menores (art. 176.º do CP) tutela os menores até aos 18 anos, o que é também imposto pelos instrumentos internacionais.

¹³⁶ Almeida, 2005, pp. 29-30.

¹³⁷ Art. 27.º: “Cada Parte na presente Convenção compromete-se a tomar, de acordo com a sua Constituição, as medidas legislativas ou outras, necessárias para assegurar a aplicação da Convenção”.

¹³⁸ Cf. ac. do TC n.º 303/04, de 05/05/2004.

Do acórdão do TC n.º 196/2004, no qual é questionada pelo recorrente a constitucionalidade material do artigo 169.º, n.º 1 do CP, conclui-se que a conduta do agente conflitua com o princípio da dignidade humana, uma vez que o agente do crime explora outrem e essa exploração (indigna) consubstancia uma espécie de usura ou enriquecimento ilegítimo fundado no comércio do corpo da pessoa que se prostitui.¹³⁹ Este acórdão, à imagem do anterior, remete para o n.º 144/2004, alicerçando-se nos mesmos argumentos e concluindo que o artigo 169.º, n.º 1 não conflitua com qualquer norma constitucional. Importa chamar a atenção para um dos argumentos utilizados pelo recorrente, que considera as condutas de fomentar, favorecer ou facilitar como condutas de mera participação numa conduta alheia, a de prostituição. O recorrente conclui que, se a prostituição em si não é ilícita, auxiliar outrem a exercer essa atividade também não é ilícito. Este argumento é facilmente rebatido tomando como comparação o crime de incitamento ou ajuda ao suicídio. A conduta “suicídio” também não consubstancia em si uma ilicitude, podendo ter-se como um ato que advém da liberdade de escolha de quem o pratica. Contudo, a licitude do ato em questão não se estende a quem o auxilia ou apoia, podendo, então, estabelecer-se um paralelo com o crime de lenocínio simples¹⁴⁰.

Todavia, mesmo no âmbito da jurisprudência não encontramos decisões unânimes, como é o caso do acórdão do TC n.º 396/2007, do qual consta o voto de vencido de Maria João Antunes, que pugna pela inconstitucionalidade da norma do artigo 169.º, n.º 1 do CP (na altura 170.º, n.º 1) por colidir com as normas constitucionais dos artigos 18.º, n.º 2 e 27.º, n.º 1 e n.º 2 da CRP. A relatora argui que, com a supressão do elemento “explorando situações de abandono ou de necessidade económica”, o legislador passou a punir comportamentos para além dos que ofendem o bem jurídico da liberdade sexual. No fundo, exige-se que as condutas possuam dignidade punitiva, algo que, na sua perspetiva, não se verifica no caso em concreto.

No acórdão do TC n.º 654/2011, encontramos o voto de vencido de Joaquim de Sousa Ribeiro, que nega que o artigo 169.º, n.º 1, em virtude da alteração produzida pela revisão de 1998, tutele o bem jurídico liberdade sexual. Com a mencionada revisão, eliminou-se, como elemento do tipo, a exploração da vulnerabilidade situacional, em razão do abandono ou da necessidade económica, da pessoa que se prostitui. Desta forma, o tipo legal em questão passou a contrastar com os restantes que constam do capítulo dos crimes sexuais, pois todos eles referem, “como elemento definidor do tipo legal de crime, o exercício de violência, coação, ou, pelo menos, constrangimento sobre

¹³⁹ Cf. ac. do TC n.º 196/04, de 23/03/2004, p. 2: “Assim entendido, a prática do lenocínio, previsto e punido no n.º 1 do artigo 170.º do Código Penal, configura uma clara violação da dignidade humana”.

¹⁴⁰ No mesmo sentido, ac. do TRC de 12/04/2011, proc. 16/10.9ZRCBR-A.C1, p. 5.

a vontade da vítima”,¹⁴¹ algo que não se verifica no artigo 169.º, n.º 1 do CP. Ribeiro tece ainda várias observações ao acórdão n.º 144/2004. No seu voto de vencido, critica que a jurisprudência fixada no acórdão 144/2004 se alicerce no princípio da dignidade humana, princípio demasiado abstrato e geral,¹⁴² para fundamentar e validar o “exercício do poder punitivo do Estado, em compressão de direitos fundamentais”.¹⁴³ O conceito dignidade humana revela-se impreciso e, como tal, não é possível basear-se neste conceito para justificar a intervenção jurídico-penal impondo obrigações negativas de conduta criminalmente sancionáveis. Só é possível justificar esse exercício punitivo recorrendo a uma conceção essencialista, não decorrente de imperativos constitucionais, mas de natureza ético-social, fundados na moral comum. Termina a sua argumentação pugnando pela inconstitucionalidade da norma em apreço por violar o princípio da proporcionalidade, pelo facto de a intervenção do Direito Penal neste âmbito não se dirigir à tutela de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (artigo 18.º, n.º 2 da CRP) e pelo facto de ser desprovida de qualquer conexão com um bem jurídico constitucionalmente definido e protegido, estando, paradoxalmente, associada a uma certa conceção de ordem moral.

É de destacar também os votos de vencido de Lino Rodrigues Ribeiro e Manuel da Costa Andrade (acórdão do TC n.º 641/2016). O primeiro defende a inconstitucionalidade do artigo 169.º, n.º 1, por violar o disposto no artigo 18.º, n.º 2 da CRP. Para Lino Rodrigues, a alteração imposta pela lei n.º 65/98 “tornou indefinido o bem jurídico por ele tutelado: a liberdade sexual da pessoa que se prostitui?; a moral sexual?; uma determinada conceção de vida?; a paz social?”.¹⁴⁴ Desta forma, é impossível, na sua opinião, continuar a considerar que o bem jurídico alvo de proteção é a liberdade e a autodeterminação sexual, a não ser que se proceda a uma interpretação restritiva da norma em apreço.¹⁴⁵ Acrescenta ainda que se a intenção do legislador foi a de proteger outros bens jurídicos, a disposição legal devia ter sido inserida noutro capítulo que não o dos crimes sexuais.

Tal como Lino Rodrigues, Costa Andrade invoca a inconstitucionalidade do artigo 169.º, n.º 1, por violação do artigo 18.º, n.º 2 da CRP, afirmando ainda que a situação concreta consubstancia um caso de “crime sem vítima”¹⁴⁶. Andrade vai mais longe, ao afirmar que a incriminação deste tipo de condutas “é que pode, ela própria, configurar um atentado perverso à dignidade ou autonomia das pessoas”¹⁴⁷, rejeitando o que vem

¹⁴¹ Cf. ac. do TC n.º 654/11, de 21/12/2011, p. 6.

¹⁴² No mesmo sentido, Albergaria & Lima (cap. VI).

¹⁴³ Cf. ac. do TC n.º 654/11, de 21/12/2011, p. 8.

¹⁴⁴ Cf. ac. do TC n.º 641/2016, de 21/11/2016, p. 10.

¹⁴⁵ Como faz Albuquerque, 2015, p. 673.

¹⁴⁶ Ac. do TC n.º 641/2016, de 21/11/2016, p. 10.

¹⁴⁷ Ac. do TC n.º 641/2016, p. 11.

sendo sufragado pela jurisprudência dominante, que fundamenta a incriminação das condutas descritas no princípio da dignidade humana, “que sendo adultas, esclarecidas e livres (...) devem poder legitimamente escolher conduzir a sua vida tanto à sombra da ‘virtude’ como do ‘pecado’”. Uma escolha insindicação, que devem poder levar à prática, inteiramente resguardados contra a intromissão do direito penal¹⁴⁸. O que se conclui através da sua argumentação é que a norma do artigo 169.º, n.º 1 fracassa na tutela da liberdade sexual, acabando por colocar em causa essa mesma liberdade¹⁴⁹. Quanto à questão do bem jurídico em causa não ser a liberdade sexual, Andrade baseia-se na atual redação do artigo, partindo do princípio de que o exercício da prostituição, mesmo no âmbito de uma relação triangular, é livre. A realidade, como já demonstrámos, revela-se totalmente diferente. O autor alega ainda que a incriminação da norma alvo de análise limita a liberdade da pessoa se prostituir¹⁵⁰, o que não é exato, porque o que fundamenta a incriminação não é a conduta de quem se prostitui, mas sim a de quem promove, favorece ou facilita a prostituição de outrem obtendo ganhos com essa atividade. O acórdão do TC n.º 144/2004 alerta especificamente para a razão que subjaz à legitimação da punição, e essa razão é o “aproveitamento económico por terceiros”¹⁵¹ das pessoas que se prostituem e não a prostituição propriamente dita, que, como sabemos, não é punida, podendo mesmo dizer-se, como faz Costa Andrade, que se trata de uma “prática em si mesma irrelevante e indiferente para o direito penal”¹⁵². Em suma, o preceito em causa não limita a liberdade de escolha e a autonomia sexual de quem se prostitui, pelo que os seus argumentos, quanto a este ponto, não procedem.

Recentemente, o acórdão da Relação do Porto de 08/02/2017 declarou a norma em apreço como inconstitucional por violação do artigo 18.º, n.º 2 da CRP¹⁵³. Os argumentos enunciados para fundamentar a sua posição baseiam-se essencialmente no carácter fragmentário e subsidiário do Direito Penal, bem como nos comportamentos a criminalizar exigirem necessidade penal e na vinculação do legislador ordinário ao princípio constitucional do Direito Penal do bem jurídico. Tendo em conta que do comportamento em causa não se pode, com razoável segurança, afirmar que se destina a proteger um bem jurídico-penal, o Tribunal da Relação do Porto acabou por decidir

¹⁴⁸ Ac. do TC n.º 641/2016, p. 11.

¹⁴⁹ Cf. ac. do TC n.º 641/2016, p. 11: “infração, concebida como crime de perigo abstrato (...) podendo, por isso, acontecer que a prevenção do perigo abstrato de uma forma desviante de comportamento ou de condução da vida se faça à custa do sacrifício da liberdade e da autonomia sexual (...) à custa do sacrifício do único bem jurídico em nome do qual o legislador pode incriminar comportamentos humanos relacionados com a vida sexual das pessoas”.

¹⁵⁰ Cf. ac. do TC n.º 641/2016, p. 11: “Pois é claro que pertence à liberdade da vontade da pessoa dedicar-se ou não ao exercício da prostituição”.

¹⁵¹ Cf. ac. do TC n.º 144/2004, de 10/03/2004, p. 3.

¹⁵² Cf. ac. do TC n.º 641/2016, p. 11.

¹⁵³ Cf. art. 18.º, n.º 2 da CRP: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

pela inconstitucionalidade do artigo 169.º, n.º 1 do CP. Em relação à questão da sua atual redação ter sido motivada por razões de política criminal devido, como refere o acórdão do TC n.º 144/04, à “normal associação entre as condutas que são designadas como lenocínio e a exploração da necessidade económica e social, das pessoas que se dedicam à prostituição”¹⁵⁴, o acórdão do TRP alega que, no caso concreto, não se demonstrou a exploração de qualquer necessidade económica das prostitutas¹⁵⁵. Se encararmos o tipo legal do artigo 169.º, n.º 1 como um crime de perigo abstrato, não é necessário demonstrar se se verificou ou não, no caso concreto, qualquer exploração, pois há como que uma presunção inelidível desse mesmo perigo, sendo a conduta do agente punida, independentemente de se ter criado, ou não, um perigo efetivo para o bem jurídico.

Reafirmamos que a redação atual deveria incluir o elemento “vulnerabilidade” como forma de definir, com precisão, o bem jurídico liberdade sexual, abrangendo outras situações que estão na origem da decisão de enveredar pelo mundo da prostituição e incluindo outro tipo de exploração a que o(a)s prostituto(a)s estão sujeitos para além da económica, e, por último, como forma de facilitar a prova.

No que concerne à hipótese do artigo 169.º, n.º 1 constituir um crime de perigo abstrato, o mencionado acórdão contesta tal possibilidade, pois os bens jurídicos no âmbito destes crimes devem ser identificáveis e de grande importância, além de não se poder presumir, de forma categórica e inilidível, que quem fomenta, favorece ou facilita a prostituição põe em risco a liberdade sexual de quem se prostitui¹⁵⁶. Quanto a este último argumento, falacioso, a nosso ver, já fundamentámos, anteriormente, a nossa posição, que se mostra contrária à do acórdão em questão. O problema coloca-se precisamente quanto à dificuldade em identificar o bem jurídico desta norma, o que nos obriga a concordar com o TRP quanto a este ponto, apesar de continuarmos a crer que o bem jurídico salvaguardado pela norma é a liberdade sexual. O Tribunal apresenta uma solução inovadora quanto a este delicado assunto, alegando que o bem jurídico ficaria “eficazmente acautelado com uma tutela contraordenacional mínima em sede de regulação administrativa da atividade”¹⁵⁷, invocando o princípio da necessidade penal. Estamos no âmbito da esfera sexual; logo, acreditamos que a sua tutela não fica devidamente salvaguardada com uma mera regulação administrativa. Abdicar da tutela penal em virtude da tutela administrativa serviria apenas para agudizar a exploração que tem lugar no seio desta atividade e seria um incentivo à fomentação, favorecimento e facilitação da mesma.

¹⁵⁴ Cf. ac. do TC n.º 144/2004, de 10/03/2004, p. 3.

¹⁵⁵ Cf. ac. do TRP de 08/02/2017, proc. 404/13.9TAFLG.P1, p. 29.

¹⁵⁶ Cf. ac. do TRP de 08/02/2017, proc. 404/13.9TAFLG.P1, p. 30.

¹⁵⁷ Cf. ac. do TRP de 08/02/2017, p. 30.

IX - Artigo 169.º, n.º 2 do CP

Em relação ao n.º 2 do artigo 169.º, que prevê o tipo qualificado, encontramos aqui, verdadeiramente, na opinião de grande parte da doutrina, a tutela da liberdade e da autodeterminação sexual; neste sentido pronuncia-se Anabela Rodrigues, que considera que o comportamento verdadeiramente digno de tutela penal consta do n.º 2¹⁵⁸. Pinto de Albuquerque discorda, considerando que o n.º 1 tutela igualmente a liberdade e a autodeterminação sexual da vítima¹⁵⁹.

A conduta típica consiste, seguindo a orientação de Anabela Rodrigues, “em o agente, *profissionalmente ou com intenção lucrativa, fomentar, favorecer ou facilitar o exercício por outra pessoa de prostituição* através da utilização de um meio típico de coação”, sendo este o elemento distintivo, “imediatamente dirigido à prática de prostituição”¹⁶⁰. Concordamos com a divisão estabelecida por Mouraz Lopes e Tiago Milheiro em relação às alíneas existentes. As alíneas a) e b) reportam-se à valoração dos meios usados na prática do crime. Nas alíneas c) e d) valora-se o aproveitamento de situações de poder do agressor sobre a vítima¹⁶¹. Quanto aos conceitos de violência e ameaça grave, previstos na alínea a), remetemos para os ensinamentos de Figueiredo Dias¹⁶². No que concerne aos conceitos de ardil e de manobra fraudulenta, concordamos com Anabela Rodrigues, que os equipara no sentido de induzirem a vítima em erro¹⁶³. Em relação ao meio típico previsto na alínea c), remetemos novamente para Figueiredo Dias¹⁶⁴ e, em relação ao meio típico da alínea d), seguimos a orientação de Taipa de Carvalho, que qualifica o conceito de “incapacidade psíquica” como uma incapacidade ou capacidade diminuída, estabelecendo uma analogia com os conceitos de inimputabilidade ou imputabilidade diminuída. No que toca ao conceito “especial vulnerabilidade”, mais problemático de definir, o autor considera que tal consubstancia uma vulnerabilidade absoluta que não se confunde com a vulnerabilidade subjacente à alínea c), que é relativa, o que significa que a “especial vulnerabilidade” em que se encontra a vítima pode ser aproveitada por qualquer pessoa, configurando a alínea d) um crime comum¹⁶⁵.

O n.º 2 também não está isento de críticas. Em relação ao bem jurídico, não parecem restar dúvidas de que se encontra aqui em causa a liberdade e a autodeterminação sexual. O problema, no nosso entendimento, reporta-se à manutenção do critério cumulativo, uma vez que a utilização dos meios previstos no n.º 2 deveria, por

¹⁵⁸ Rodrigues, 2012, p. 802.

¹⁵⁹ Albuquerque, 2015, p. 671.

¹⁶⁰ Rodrigues, 2012, p. 811.

¹⁶¹ Lopes & Milheiro, 2015, p. 116.

¹⁶² Dias, 2012, pp. 726-728.

¹⁶³ Rodrigues, 2012, p. 811.

¹⁶⁴ Dias, 2012, pp. 738-740.

¹⁶⁵ Carvalho, 2012, pp. 680-681.

si só, ser suficiente para justificar a punição. Este argumento pode ser rebatido em relação, por exemplo, à alínea a), uma vez que o agente que atue por meio de violência ou ameaça grave, sem que o faça profissionalmente ou com intenção lucrativa, poderá ser, eventualmente, punido pelo crime de ameaça (artigo 153.º do CP) ou de coação (artigo 154.º do CP). O mesmo não sucede com a alínea b). O autor que pratique a conduta descrita no n.º 1, empregando os meios previstos na alínea b), sem que se verifique o carácter profissional da sua conduta ou a intenção lucrativa, será punido à luz de que crime? Revela-se deveras complexo subsumir tal conduta a um tipo legal previsto no CP e revela-se inaceitável que quem aja deste modo, sem que o faça profissionalmente ou com intenção lucrativa, não seja alvo de punição.

Pedro Soares de Albergaria e Pedro Mendes de Lima também tecem algumas críticas ao n.º 2, entre as quais o facto de o legislador ter previsto a mesma moldura penal para as condutas típicas previstas no artigo 169.º, n.º 2, não atendendo à diversa gravidade das mesmas. Os autores alertam ainda para a questão da prostituição forçada não poder ser considerada como prostituição propriamente dita, visto que o termo prostituição exige o encontro de vontades entre o prestador e o fruidor do serviço sexual. Exigem, assim, a sinalagmaticidade das prestações¹⁶⁶.

X - Lenocínio de menores

O crime de lenocínio de menores apresenta algumas diferenças em relação ao crime de lenocínio previsto no artigo 169.º do CP. Relativamente ao tipo objetivo de ilícito do artigo 175.º do CP, não se exige, ao contrário do que sucede com o artigo 169.º, que aquele que fomenta, favorece ou facilita o exercício de prostituição de menor atue profissionalmente ou com intenção lucrativa. Essa circunstância funciona, no âmbito do crime de lenocínio de menores, como agravante qualificativa (alínea d) do n.º 2 do artigo 175.º do CP). Esta opção do legislador mostra-se, no nosso entender, acertada, pois visa-se proteger o “livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual, criando as condições para que esse desenvolvimento se processe de uma forma adequada e sem perturbações”¹⁶⁷, o que nos leva a questionar se se pode afirmar que o bem jurídico aqui em causa é a liberdade sexual do menor ou se será unicamente a autodeterminação do menor (como aliás consta da epígrafe da secção II do capítulo V do título I, Parte Especial do CP). Inês Ferreira Leite defende que “insistir na afirmação dogmática de que as crianças não dispõem de qualquer liberdade sexual não promove a sua proteção enquanto seres individuais e autónomos ante os abusos perpetrados pelos adultos”¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Albergaria & Lima, 2012, p. 206.

¹⁶⁷ Antunes, 2012, p. 873.

¹⁶⁸ Leite, 2011, p. 38.

Na sua perspetiva, o bem jurídico tutelado no âmbito dos crimes sexuais contra menores, nos quais se insere o tipo legal do artigo 175.º do CP, é a liberdade sexual. Ferreira Leite vai ainda mais longe, afirmando que deve ser reconhecida a mesma liberdade sexual aos menores de 14 anos face à que é reconhecida aos maiores de 14 anos; isto porque o contrário constituiria uma limitação desnecessária à liberdade sexual dos menores que não se verifica em relação às restantes liberdades¹⁶⁹. O que se procura proteger “com a tutela da liberdade sexual das crianças é que este processo decorra de forma natural, sem pressas ou sobressaltos e, essencialmente, sem influências perturbadoras ou traumatizantes para o menor”¹⁷⁰. Segundo esta autora, equiparar os contactos sexuais desejados pelo menor aos que são obtidos, apesar da vontade deste, através da intimidação, engano e imaturidade “apenas conduz a uma tendencial irrelevância – com consequente desrespeito – pela vontade do menor”¹⁷¹.

Ana Rita Alfaiate entende que o bem jurídico protegido pelos crimes sexuais contra menores “deve considerar-se uma concretização do bem jurídico liberdade sexual em sentido amplo”¹⁷², sendo que no âmbito do crime de lenocínio de menores emerge um outro, de carácter supra individual, nomeadamente a proteção da infância e da juventude¹⁷³. Isto porque este crime foi concebido independentemente da valorização que o menor faça relativamente à ofensa¹⁷⁴, ou seja, tal bem jurídico não está na disponibilidade deste. Contudo, a mesma autora alerta para o facto de não se poder olvidar a liberdade sexual do menor na sua vertente positiva, o que faz com que o consentimento livre de um menor com mais de dezasseis anos afaste a ilicitude da conduta. Se tiver menos de dezasseis anos, o bem jurídico já não está na sua disponibilidade; logo, o menor nunca pode consentir na sua ofensa¹⁷⁵. Para a autora, só assim será possível estabelecer um equilíbrio entre o que se pretende proteger (promoção da infância e da juventude) e a liberdade sexual que se deve promover.

Conceição Cunha refere que se estabeleceu uma gradação relativamente à capacidade dos menores para consentir na prática de atos sexuais. Assim, abaixo dos 14 anos existe uma presunção absoluta de incapacidade do menor para consentir. Por seu turno, nas idades compreendidas entre os 14 e os 18 anos, tal incapacidade é meramente relativa, apesar de nos crimes dos artigos 174.º, **175.º**¹⁷⁶ e 176.º a proteção ser absoluta, pois estamos perante comportamentos particularmente gravosos e que interferem no

¹⁶⁹ Leite, 2011, pp. 44-45.

¹⁷⁰ Leite, 2011, p. 47.

¹⁷¹ Leite, 2011, p. 51.

¹⁷² Alfaiate, 2009, p. 89.

¹⁷³ Alfaiate, 2009, p. 97.

¹⁷⁴ Alfaiate, 2009, p. 98.

¹⁷⁵ Alfaiate, 2009, pp. 107-108.

¹⁷⁶ Negrito nosso.

livre desenvolvimento da personalidade da criança ou do jovem¹⁷⁷. A autora questiona se, no caso de jovens com 12 e 13 anos, que não têm capacidade para consentir, a capacidade para dissentir surgirá antes da capacidade para consentir, ou seja, se a capacidade para dizer “não” antecede a capacidade para dizer “sim.” Na sua ótica, nestes casos em que os menores não têm capacidade para consentir, “o seu dissentimento deveria agravar a responsabilidade do agente”¹⁷⁸. Inclínamo-nos para esta posição, reconhecendo a liberdade do menor com idade igual ou inferior a 14 anos para dissentir, mas não para consentir. Aliás, como alude Figueiredo Dias, condutas de natureza sexual levadas a cabo mesmo sem coação podem “prejudicar gravemente o livre desenvolvimento da sua personalidade, em particular na esfera sexual”¹⁷⁹. Concluimos que o bem jurídico tutelado será a autodeterminação sexual e não a liberdade sexual, já que essa liberdade unicamente existe na sua vertente negativa. No que concerne aos jovens com idades compreendidas entre os 14 e os 18 anos, a liberdade sexual na sua vertente positiva não deve ser totalmente negada, com exceção dos casos subsumíveis aos artigos 174.º, 175.º e 176.º. Nos restantes casos, o jovem com idade compreendida entre os 14 e os 18 anos pode consentir num relacionamento sexual, pressupondo-se o consentimento livre, exceto em casos nos quais existam relações de domínio, como sucede no âmbito dos artigos 172.º e 173.º do CP¹⁸⁰. No que toca ao crime de lenocínio de menores, essa vertente positiva da liberdade sexual inexistente nos mesmos termos que inexistente para qualquer menor com 14 anos ou idade inferior. Entramos aqui num campo particularmente perigoso em que se alicia o menor com promessas monetárias, colocando em causa o seu desenvolvimento sexual, verdadeiro bem jurídico dos crimes sexuais contra menores. Nestas situações, o consentimento do menor não releva, pois, tendo em conta a atividade em causa e o aliciamento de quem fomenta, favorece ou facilita a prática de prostituição por menor, a vontade deste nunca poderá ser considerada livre; logo, a liberdade sexual aqui existente é tão-só na vertente negativa¹⁸¹.

¹⁷⁷ Cunha, 2016, pp. 150-151.

¹⁷⁸ Cunha, 2016, p. 154.

¹⁷⁹ Dias, 2012, p. 834.

¹⁸⁰ Cunha, 2016, p. 151.

¹⁸¹ Cunha, 2016, pp. 150-151.

XI - Direito e Moral

A questão Direito/Moral já foi abordada na presente dissertação, se bem que de modo disperso. Assim, resolvemos dedicar-lhe uma breve reflexão, mas sem nos alongarmos, pois não constitui tema central da nossa dissertação.

Direito e Moral devem gozar, entre si, de autonomia, de forma a que o Direito não esteja vinculado e não seja determinado por esta. Contudo, é inegável que ambas as ordens normativas partilham pontos em comum.

Baptista Machado enumera os critérios do mínimo ético, da heteronomia e coercibilidade e o da exterioridade para os distinguir. Em relação ao primeiro, o Direito deve limitar-se a impor as regras morais básicas como forma de garantir a paz, a liberdade e a justiça. No que toca ao segundo, o Direito impõe uma vinculação heterónoma e não uma simples vinculação autónoma assente na consciência individual. No que concerne ao terceiro critério, o Direito parte do lado exterior da conduta. Por sua vez, a Moral exige uma atitude interior do agente de adesão à norma. Em relação a este critério, Machado não deixa de alertar para o facto de o Direito, nomeadamente o Direito Penal, se preocupar com a atitude e a personalidade do agente¹⁸². É verdade que o Direito intervém apenas quando a atitude interna da consciência do agente se traduz numa ação ou omissão que põe em causa bens jurídicos essenciais. Todavia, essa atitude interior releva para a determinação concreta da pena, consoante o grau de culpa do agente.

Em relação à conduta descrita no tipo legal previsto no artigo 169.º, n.º 1 do CP, estamos perante um ato amoral e ilícito. Ilícito não porque é amoral, mas porque consubstancia um enriquecimento ilícito, uma exploração económica que não se coaduna com os valores de um Estado de Direito e que põe em causa a dignidade e a liberdade sexual de quem se prostitui. E é precisamente a limitação desse bem jurídico que legitima a intervenção do Direito, cuja função primordial é a tutela de bens jurídicos de carácter essencial.

Assim, conclui-se que Direito e Moral não constituem realidades antagónicas, tão-só autónomas. Efetivamente, a maioria dos autores acaba por admitir que há uma conexão entre ambas.¹⁸³ Hart chega mesmo a afirmar que o Direito é influenciado pela Moral¹⁸⁴.

¹⁸² Machado, 2011, pp. 59-60.

¹⁸³ Cf. Cunha, 1995, p. 149; Hart, 2007, p. 201; Machado, 2011, p. 61; Natscheradetz, 1985, p. 65; e Pereira, 1996, p. 42.

¹⁸⁴ Hart, 2007, pp. 201-220.

Conclusão

Após uma longa reflexão acerca desta complexa temática, na qual analisámos e sopesámos as várias posições sobre a mesma, chegou a altura de expormos a nossa. As estatísticas e os estudos científicos demonstram, inequivocamente, que a conduta descrita no tipo legal do artigo 169.º, n.º 1 se desenrola, na maioria das vezes, em ambientes envoltos em violência e exploração, aproveitando-se o agente da vulnerabilidade da(o) prostituta(o) para obter, à sua custa, ganhos ilegítimos. Assim, a atual redação, na nossa opinião, não padece de qualquer ilicitude, nem se revela contrária aos valores constitucionais. Não deixamos, contudo, de considerar as críticas que parte da doutrina e da jurisprudência tecem quanto a esta disposição legal que, admitimos, não deixa de ser dotada de alguma ambiguidade, nomeadamente quanto à questão do bem jurídico que visa tutelar, rejeitando, contudo, a hipótese de a mesma ser inconstitucional.

Não somos indiferentes à enorme polémica que se tem gerado em torno do preceito legal em causa. Importa, portanto, recordar as sugestões que apresentámos no presente trabalho.

Aquela que, no nosso entender, se afigura capaz de gerar maior consenso, procurando harmonizar as opiniões divergentes, é a de acrescentar a expressão “vulnerabilidade” à disposição legal em causa. Desta forma, seria inegável que o bem jurídico protegido seria a liberdade sexual, cessando a infundável controvérsia em torno desta questão. Outra vantagem que o aditamento desta expressão comportaria seria o facto de se revelar mais ampla do que a que constava antes da revisão de 1998, pois incluiria não apenas as situações de abandono e necessidade económica, mas também as componentes afetiva, social, familiar e psicológica, reduzindo as dificuldades probatórias que se faziam sentir neste âmbito.

A outra sugestão passa por qualificar o crime previsto no artigo 169.º, n.º 1 do CP como um crime de perigo abstrato, deixando a atual redação incólume. Todavia, segundo alguma doutrina e jurisprudência, esta sugestão apenas faria com que a polémica acerca do bem jurídico subsistisse. Baseando-nos no acórdão do STJ de 05/09/2007, pugnaríamos pela defesa do bem jurídico dignidade humana, fundado na vertente sexual, dado que a conduta descrita não se coaduna com a dignidade da pessoa, pois consubstancia uma exploração, um ato contrário aos princípios pelos quais se rege um Estado de Direito como o nosso. Alguns doutrinadores argumentam que se trata de um bem jurídico cujo conteúdo se apresenta difícil de precisar, estando presente em todos os preceitos legais. Rebatemos esta crítica, defendendo que esse bem jurídico deve ser ponderado “na vertente da dignidade ínsita à auto expressividade sexual” como forma de

impedir a mercantilização e a redução da pessoa a “mero instrumento de prestação sexual”.¹⁸⁵

Por último, uma palavra para as vítimas. O Estado não pode manter uma postura passiva e inerte quanto aos indivíduos que fazem da prostituição o seu modo de vida. Exige-se que o Estado tome medidas para garantir a segurança e prevenir situações de redes de tráfico e exploração sexual. Não representa uma surpresa que a maioria dos que se dedicam a esta atividade não recorra às instâncias de controlo devido à pressão que lhes é constantemente imposta. Exige-se, então, que o Estado, na sua componente de Estado Social, intervenha e assuma um papel ativo na luta contra esta infame forma de exploração.

¹⁸⁵ Cf. ac. do STJ de 05/09/2007, proc. n.º 07P1125, p. 24.

Bibliografia

ALBERGARIA, P. S. DE & LIMA, P. M. DE (2012). O crime de lenocínio entre o moralismo e o paternalismo jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 2, abril-junho, pp. 201-260. Coimbra Editora.

ALBUQUERQUE, P. S. P DE (2015). Anotação ao artigo 169.º. In *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.

ALFAIATE, A. R. (2009). *A relevância penal da sexualidade dos menores*. Tese de Mestrado. Coimbra: Coimbra Editora.

ALMEIDA, C. P DE (2005). O crime de lenocínio no artigo 170.º, n.º 1 do Código Penal – Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 144/04. *Jurisprudência Constitucional*, julho/setembro, pp. 21-35.

ANTUNES, M. J. (2012). Anotação ao art. 175.º. In *Comentário conimbricense do Código Penal, parte especial*, Tomo I, 2.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 871-877.

ALVES, S. M. DOS R. (1995). *Crimes sexuais. Notas e comentários aos artigos 163º a 179º do Código Penal*. Coimbra: Almedina.

CARVALHO, A. T. DE (2012). Comentário ao art. 160.º. In *Comentário conimbricense do Código Penal, parte especial*, Tomo I, 2.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 676-692.

CARVALHO, A. T. DE (2016). *Direito penal, parte geral – Questões fundamentais, teoria geral do crime*, 3.ª Edição. Porto: Universidade Católica Editora.

COSTA, J. F. DE F. (1992). *O perigo em direito penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*. Tese de doutoramento. Coimbra Editora.

COSTA, J. M. B. DA (2002). O crime de lenocínio. Harmonizar o direito, compatibilizar a prostituição. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 12, n.º 3, pp. 411-455.

COSTA, J. M. B. DA & ALVES, L. B. (2001). *Prostituição 2001 – O masculino e o feminino de rua*. Lisboa: Edições Colibri.

CUNHA, M. DA C. F. DA (1995). *Constituição e crime, uma perspetiva da criminalização e da descriminalização*. Coleção Estudos e Monografias. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora.

CUNHA, M. DA C. F. DA (2016). Do dissentimento à falta de capacidade para consentir. In Cunha, M. C. F. da (coord.), *Combate à violência de género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, pp. 129-166. Porto: Universidade Católica Editora.

DIAS, J. DE F. (2012). Anotação ao art. 163.º. In *Comentário conimbricense do Código Penal, parte especial*, Tomo I, 2.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 714-742.

DIAS, J. DE F. (2012). Anotação ao art. 171.º in *Comentário conimbricense do Código Penal, parte especial*. Tomo I, 2.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 832-845.

DIAS, J. DE F. (2011). *Direito penal – Parte geral – Questões fundamentais – A doutrina geral do crime*, Tomo I, 2.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

DUARTE, J. D. (2003). Crime de lenocínio: Unidade ou pluralidade de infrações. *Sub-Judice (Justiça e Sociedade)*, n.º 26, out-dez, pp. 31-35.

- GARCIA, M. M. (2011). *O direito penal – Passo a passo, elementos da parte especial*, 1.º vol. – *Com os crimes contra as pessoas*. Coimbra: Almedina.
- Gonçalves, M. L. M. (2007). *Código Penal Português anotado*. Coimbra: Almedina.
- HART, H. A. L. (2007). *The concept of law* (Tradução de A. Ribeiro de Mendes), 5.ª Edição. Lisboa.
- LEAL-HENRIQUES, M. DE O. & SANTOS, M. S. (2000). Anotação ao artigo 170.º. In *Código Penal anotado*, vol. II, 3.ª Edição. Lisboa: Rei dos Livros.
- LEITE, I. F. (2011). A tutela penal da liberdade sexual. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 21, n.º 1, janeiro-março, pp. 29-94. Coimbra: Coimbra Editora, Grupo Wolters Kluwer.
- LOPES, J. M. & MILHEIRO, T. C (2015). *Crimes sexuais – Análise substantiva e processual*. Coimbra: Coimbra Editora.
- MACHADO, J. B. (2011). *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina.
- MANITA, C. & OLIVEIRA, A. (2003). *Violência e vítimas de crimes*. Vol. 1 – *Adultos*, (Coords. Carla Machado e Rui Abrunhosa). Coimbra: Quarteto Editora, pp. 215-236.
- MALAFIA, J. (2009). A inconstitucionalidade do n.º 1 do artigo 169.º no Código Penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 19, n.º 1, janeiro-março, pp. 39-57. Coimbra Editora.
- NATSCHERADETZ, K. P. (1985). *O direito penal sexual: Conteúdo e limites*. Coimbra: Almedina.
- PACHECO, B. (2012). *O crime de atos sexuais com adolescentes: Reflexões críticas em torno do conceito de abuso da inexperiência da vítima*. Dissertação de Mestrado. Porto: Universidade Católica Portuguesa.
- PATTO, P. M. G. V. (2001). Direito penal e ética sexual. *Direito e Justiça*, vol. XV, tomo 2. Editora Faculdade de Direito, pp. 124-143.
- PEREIRA, R. C. (1996). Liberdade sexual – A sua tutela na reforma do Código Penal. *Sub Judge, Justiça e Sociedade*, n.º 11, janeiro/junho, pp. 41-48.
- RAPOSO, V. L. (2003). Da moralidade à liberdade: O bem jurídico tutelado na criminalidade sexual. In Andrade, M. da C. (org.), *Liber Discipulorum para Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 931-962.
- RODRIGUES, A. S. (1984). Prostituição – Que conceito? – Que realidade? *Revista Infância e Juventude, Revista da Direção Geral dos Serviços Tutelares de Menores*, n.º 2, pp. 7-33.
- RODRIGUES, A. M. (2012). Anotação ao art. 169.º. In *Comentário conimbricense do Código Penal, Parte Especial*. Tomo I, 2.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 796-815.
- SILVA, A. DE M. (1980). *Novo Dicionário Compacto da Língua Portuguesa*, vol. III (F a Monacanto), 10.ª Edição. Editorial Confluência, Lda./ Livros Horizonte, Lda.
- SILVA, G. M. DA (2012). *Direito penal português, teoria do crime*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa Editora.
- TORRÃO, F. (1995). A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais (mudança de paradigma no novo Código Penal). *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXI, pp. 545-569.

Jurisprudência

Acórdãos do TC:

Acórdão do TC n.º 144/04 de 10 de março de 2004, processo n.º 566/03, disponível em <http://www.pgdlisboa.pt>.

Acórdão do TC n.º 196/04 de 23 de março de 2004, processo n.º 130/04, disponível em <http://www.pgdlisboa.pt>.

Acórdão do TC n.º 303/04 de 5 de maio de 2004, processo n.º 922/03, disponível em <http://www.pgdlisboa.pt>.

Acórdão do TC n.º 396/07 de 10 de julho de 2007, processo n.º 33/07, disponível em <http://www.pgdlisboa.pt>.

Acórdão do TC n.º 654/11 de 21 de dezembro de 2011, processo n.º 62/11, disponível em <http://www.pgdlisboa.pt>.

Acórdão do TC n.º 641/16 de 21 de novembro de 2016, processo n.º 401/16, disponível em <http://www.pglisboa.pt>.

Acórdãos do TRC:

Acórdão do TRC de 12/04/2011, processo n.º 16/10.9ZRCBR-A.C1, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão do TRC de 10/07/2013, processo n.º 61/10.4TAACN.C1, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão do TRC de 23/10/2013, processo n.º 24/12.5PEFIG.C1, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdãos do TRL:

Acórdão do TRL de 19/01/2016 processo n.º 5964/11.6T3SNT.L1-5, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdãos do TRP:

Acórdão do TRP de 08/02/2017, processo n.º 404/13.9TAFLG.P1, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão do TRP de 11/04/2012, processo n.º 8/06.2GAAMT.P1, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão do TRP de 28/03/2012, processo n.º 86/08.0GBOVR.P1, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdãos do STJ:

Acórdão do STJ de 07/11/1990, processo n.º 041168, n.º convencional JSTJ00005453, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Acórdão do STJ de 05/09/2007, processo n.º 07P1125, n.º convencional JSTJ000, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Legislação

Legislação nacional:

- Constituição da República Portuguesa aprovada em 2 de abril de 1976.
- Diário da Assembleia da República, I Série, número 48, de 13 de março, de 1998.
- DL de 10 de dezembro de 1852 que aprova o Código Penal.
- DL de 16 de setembro de 1886 que aprova o Código Penal.
- DL n.º 400/82 de 23 de setembro que aprova o Código Penal.
- DL n.º 48/95 de 15 de março que altera o Código Penal.
- Lei n.º 68/98 de 2 de setembro que altera o Código Penal.
- Lei n.º 98/2001 de 25 de agosto que altera o Código Penal.
- Lei n.º 59/2007 de 4 de setembro que altera o Código Penal.
- Lei n.º 32/2006 de 26 de julho.

Legislação estrangeira:

- Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e de Exploração de Outrem (ratificada por Portugal em 1991).

**Dissentimento ou “Consentimento” Constrangido de
Adolescentes**

**Conjugação dos arts. 163º, n.º 2 e 164º, n.º 2 com os arts. 172º e
173º do Código Penal**

Luísa Renata Ramos Naia

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

Agradecimentos

Antes de mais, o meu profundo agradecimento à Professora Doutora Conceição Cunha, por me ter inspirado na escolha do tema e pela honra que me deu ao aceitar orientar esta dissertação, mas também pela paciência, pela disponibilidade, pelos conselhos e por me apresentar outros pontos de vista para as minhas questões.

De seguida, agradecer à Biblioteca do Centro de Estudos Judiciários pela disponibilidade e rapidez na digitalização e envio de artigos fundamentais para este trabalho.

À Dra. Áurea de Ataíde, especialista em Psiquiatria da Infância e Adolescência, e à Dra. Cláudia Cunha, psicóloga estagiária, por me terem esclarecido algumas questões, proporcionando assim alguma interdisciplinaridade na abordagem dos temas aqui desenvolvidos.

Ao Pedro, por toda a ajuda e apoio que sempre me deu.

À minha família, sobretudo à minha tia, à Zinha, à Silvia e ao meu avô, por acreditarem sempre em mim, e à minha Mis, a criança que me inspira a ser uma melhor pessoa e mais atenta às necessidades dos que me rodeiam.

Um agradecimento muito especial à minha mãe, uma verdadeira “pãe”, a quem tudo devo, por me ter dado a hipótese de tirar este mestrado e dedicar-me apenas a esta dissertação, e pelo apoio e amor incondicional.

Ao Tiago, por ter estado desde o primeiro momento comigo nesta caminhada, por nunca me ter deixado desistir, por me obrigar a trabalhar e a descansar nos momentos certos, por me ter ouvido e pelas palavras de ânimo.

Por fim, mas não menos importante, aos meus amigos aveirenses, às minhas aveirenses do Porto e aos meus amigos portuenses, por todos os conselhos, pelo incentivo, pela nossa viagem, pelos nossos cafés; sem vocês não seria a mesma coisa.

Resumo

Na sequência da ratificação da Convenção de Istambul por Portugal e, consequentemente, da sua entrada em vigor na nossa ordem jurídica em 2014, foi necessário proceder-se a alterações legislativas para dar cumprimento às obrigações impostas pela mesma. Assim, a Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, alterou, nomeadamente, os números 2 dos artigos 163º e 164º do Código Penal, passando a abranger as situações em que o ato sexual não foi consentido ou o foi mediante pressões que não atinjam o patamar referido nos seus números 1. A questão que se coloca é a de saber se nesses casos de consentimento constrangido ou de dissentimento de menores adolescentes se aplica o artigo 172º ou 173º do Código Penal, conforme o caso, ou o número 2 dos artigos 163º ou 164º, agravado em razão da idade (artigo 177º, n.º 6 do Código Penal).

Palavras-chave: Convenção de Istambul; moldura penal; consentimento constrangido; dissentimento; adolescentes.

Abstract

Following the ratification of the Istanbul Convention by Portugal and, consequently, of its entry into force in our legal order in 2014, it was necessary to make some legislative changes to comply with the obligations imposed by it. Law no. 83/2015, of 5th of August, amended, in particular, both number twos of articles 163 and 164 of the Penal Code, covering the situations in which the sexual act was either not consented or consented under pressure, yet not reaching the level mentioned in their number ones. The question is to know whether, in those cases, either articles 172 or 173 of the Penal Code are to be applied, depending on the case, or number two of either article 163 or 164 instead, aggravated by the age factor (article 177, no. 6 of the Penal Code).

Keywords: Istanbul Convention; criminal frame; compelled consent; dissent; adolescents.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
APAV	Associação Portuguesa de Apoio à Vítima
APMJ	Associação Portuguesa de Mulheres Juristas
art./ arts.	Artigo/artigos
Cap.	Capítulo
CC	Código Civil
CI	Convenção de Istambul
CP	Código Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
GNR	Guarda Nacional Republicana
MP	Ministério Público
n.º /n.ºs	número/números
p./pp.	Página/páginas
PJ	Polícia Judiciária
PSP	Polícia de Segurança Pública
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRP	Tribunal da Relação do Porto
<i>Vd.</i>	<i>Vide</i>

ÍNDICE

Introdução	6
Capítulo I. Bem jurídico	7
1. Evolução do bem jurídico e instrumentos internacionais	7
2. Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual	9
Capítulo II. Conceito de violência e de ameaça grave nos crimes de coação sexual e de violação	12
1. O n.º 1 dos arts. 163º e 164º do CP	12
2. Meios típicos de constrangimento	13
2.1 Conceito de violência	13
2.2 Conceito de ameaça grave	17
Capítulo III. O impulso da CI e as alterações aos arts. 163º, n.º 2 e 164º, n.º 2 do CP	19
Capítulo IV. Reflexos das alterações em relação a menores de 14 anos e a menores entre os 14 e os 18 anos	24
1. Abuso sexual de crianças	24
2. Adolescentes	26
2.1 Abuso sexual de menores dependentes	27
2.2 Atos sexuais com adolescentes	31
3. Proposta de alteração legislativa	35
Conclusão	37
Apêndice I	40
Apêndice II	41
Apêndice III	42
Apêndice IV	43
Anexo I	44
Anexo II	46
Bibliografia	48

Introdução

O conceito de violência, como meio típico de constrangimento à prática de ato sexual, sempre foi muito discutido. Não havia um entendimento unânime sobre a possibilidade de nele se incluir o dissentimento, assim como era controverso se a violência psicológica se incluía neste conceito ou no de ameaça grave.

Com a entrada em vigor da CI na nossa ordem jurídica e, conseqüentemente, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, os n.ºs 2 dos arts. 163º e 164º do CP foram alterados, passando a abranger o dissentimento bem como o consentimento constrangido que não atinja o nível de gravidade dos meios de constrangimento tipificados no n.º 1, tutelando-se de forma mais abrangente a liberdade e a autodeterminação sexual. Contudo, continuou a aplicar-se aos n.ºs 2 as agravantes em razão da idade, previstas no art. 177º, n.º 6 e n.º 7 do CP.

Estas alterações não tiveram em conta as especificidades e as molduras penais a que se iria chegar quando o crime fosse cometido contra um menor e este não consentisse na prática de atos sexuais ou consentisse mediante pressões ou ameaças não graves.

É na conjugação deste novo n.º 2, com os arts. 172º e 173º do CP que incide o nosso tema. Este é um tema relativamente recente e que ainda não foi discutido e desenvolvido quando a vítima tenha entre 14 e 18 anos. Vamos centrar-nos nos crimes sexuais contra menores, concretamente contra adolescentes, deixando de parte os crimes de recurso à prostituição, lenocínio e pornografia de menores, bem como o de aliciamento de menores para fins sexuais.

Para tal, começaremos por abordar a evolução do bem jurídico, fazendo referência a alguns instrumentos internacionais, e a evolução dos crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual (Cap. I).

De seguida, analisaremos os conceitos de violência e de ameaça grave nos crimes de coação sexual e de violação, expondo as diversas teses adotadas e mencionando jurisprudência relevante, bem como as particularidades a ter em conta na sua interpretação quando as vítimas são crianças (Cap. II).

No Capítulo III apreciaremos o impulso da CI e as alterações aos arts. 163º, n.º 2 e 164º, n.º 2 do CP, fazendo alusão ao Projeto de Lei do Bloco de Esquerda, ao parecer da APMJ e ao comentário de Inês Ferreira Leite.

Por fim, refletiremos sobre as repercussões destas alterações em relação a menores de 14 anos e a menores entre 14 e 18 anos, identificando os problemas que se passaram a levantar e qual o artigo que se deve aplicar, dando a nossa opinião e apresentando sugestões.

I. Bem jurídico

1. Evolução do bem jurídico e instrumentos internacionais

Verificou-se nos crimes sexuais uma significativa evolução, nomeadamente ao nível do bem jurídico. Através da análise da evolução do bem jurídico dos crimes sexuais conseguimos perceber quais as preocupações sentidas em cada época.

Nos Códigos Penais de 1852¹ e 1886², os crimes sexuais constavam do Cap. IV “Dos crimes contra a honestidade”. Tutelava-se a moral sexual enquanto bem jurídico supra individual.

No CP de 1982³, os crimes sexuais estavam regulados no Cap. I “Dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social” do Título III “Dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade”. Como refere André Lamas Leite, “estávamos perante interesses penalmente relevantes, de natureza supra-individual, e em que o Estado emprestava o seu *ius imperium* a uma dada ‘moral sexual’”.⁴

Com a revisão do CP em 1995⁵, verificou-se uma profunda alteração nos crimes sexuais: “os conceitos mudaram, os interesses a proteger são declaradamente outros, as penas foram alteradas e a maneira de dizer da lei filia-se num ideário diferente”.⁶ Deixou de se tutelar “sentimentos coletivos da moral sexual dominante”⁷ para se passar a tutelar o bem jurídico individual da liberdade e autodeterminação sexual, nas suas dimensões positiva e negativa.

A liberdade sexual na sua vertente negativa traduz-se “no direito de cada sujeito a não suportar de outrem qualquer tipo de intromissão ao nível da realização da sua sexualidade, por meio de actos para os quais não tenha manifestado concordância”.⁸ Na sua vertente positiva traduz-se na “liberdade de interagir sexualmente sem restrições”.⁹ Compreende-se que a preocupação da lei penal seja a de proteger a primeira vertente. Contudo, o legislador não a pode tutelar de tal maneira que acabe por “impor limitações ou sacrifícios particularmente drásticos na sua vertente positiva”.¹⁰

Nesta matéria, o paradigma passou a ser o de que a atividade sexual, em privado, entre adultos, com consentimento, não é crime.¹¹ “Crime, no âmbito da sexualidade humana, só

¹ Vd. CP de 1852, <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf>.

² Vd. CP de 1886, <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1866.pdf>.

³ Vd. CP de 1982, http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=101&tabela=lei_velhas&nversao=2&so_miolo=.

⁴ Leite, A. L., 2016, p. 62.

⁵ Vd. DL n.º 48/95, de 15 de março, http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo=.

⁶ Belez, 1996, p. 159.

⁷ Garcia & Rio, 2015, p. 716.

⁸ Alfaiate, 2009, p. 86.

⁹ Dias, M. C., 2008, p. 221.

¹⁰ Andrade, 2004, p. 395.

¹¹ Vd. Dias, J. F., 1976, p. 88.

deverá existir quando a liberdade e autodeterminação sexuais (...) forem afectadas”. Caso contrário, assistir-se-ia a uma “intromissão intolerável na vida íntima de cada um”.¹²

Isto remete-nos necessariamente para a relação entre o Direito Penal e a Constituição. O direito penal só intervém para tutelar bens jurídicos com necessidade e dignidade penal (art. 18º, n.º 2 da CRP). Por isso,

numa sociedade democrática, pluralista, a intervenção penal no âmbito da sexualidade (...) não poderia fundamentar-se na imoralidade de uma conduta, mas sim na perturbação da liberdade e autodeterminação sexual, bens de nível constitucional, insitos no direito à integridade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade (arts. 25º, n.º 1, e 26º, n.º 1, da CRP) e tendo como fundamento último o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º da CRP).¹³

Também no plano internacional se verificou uma progressiva preocupação com a temática dos crimes sexuais.

No Direito da União Europeia podemos destacar a Diretiva 2011/92/UE¹⁴ do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de dezembro de 2011, referente “à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil”, e a Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de outubro de 2012, “que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade”¹⁵.

Destaca-se também a Convenção do Conselho da Europa para a Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, adotada em Lanzarote a 25 de outubro de 2007¹⁶. Como está referido no seu art. 1, esta Convenção tem por objeto “a) prevenir e combater a exploração sexual e os abusos sexuais de crianças”; “b) proteger os direitos das crianças vítimas de exploração sexual e de abusos sexuais” e “c) promover a cooperação nacional e internacional contra a exploração sexual e os abusos sexuais de crianças”.

Por fim, a 11 de maio de 2011 foi adotada em Istambul a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica.¹⁷ Trata-se de uma Convenção que reconhece “que os vários tipos de violência nela descritos atingem de forma desproporcionada as mulheres e concebe a violência contra as mulheres como violência de género”. Em suma, é “um documento virado para as mulheres e feito a pensar nelas, para garantir o seu direito a viver sem violência e sem medo”.¹⁸

¹² Cunha, 2002, p. 351.

¹³ Cunha, 2016, pp. 134-135.

¹⁴ *Vd.* <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=celex:32011L0093>.

¹⁵ *Vd.* <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32012L0029>.

¹⁶ *Vd.* [file:///C:/Users/Utilizador/Downloads/lanzaroteconvention_por%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Utilizador/Downloads/lanzaroteconvention_por%20(3).pdf).

¹⁷ *Vd.* http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1878&tabela=leis.

¹⁸ Sottomayor, 2015, p. 106.

Esta Convenção representa um momento importante na história dos crimes sexuais e tutela a liberdade sexual de forma mais abrangente, como veremos *infra*. A Convenção foi ratificada por Portugal, entrando em vigor na nossa ordem jurídica a 1 de agosto de 2014, tendo-se procedido a alterações legislativas para dar cumprimento às obrigações impostas pela mesma. Salientam-se as alterações introduzidas no CP pela Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto¹⁹, que procede à criação dos crimes de perseguição (art. 154ºA) e casamento forçado (art. 154ºB), à autonomização do crime de mutilação genital feminina (art. 144ºA) e à alteração dos crimes de importunação sexual (art. 170º), de violação (art. 164º) e de coação sexual (art. 163º).

2. Crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual

Com a revisão do CP de 1995, os crimes sexuais passaram a ser crimes contra as pessoas, integrando o “Título I”, da “Parte Especial” do CP, cujo bem jurídico protegido é a liberdade e autodeterminação sexual (Cap. V - “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”).

O Cap. V do CP, por sua vez, subdivide os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual em duas secções: crimes contra a liberdade sexual (secção I)²⁰ e crimes contra a autodeterminação sexual (secção II).²¹

A epígrafe das secções não pode ser interpretada literalmente, isto é, na secção I protege-se o bem jurídico liberdade sexual e na secção II a autodeterminação sexual. A razão desta divisão deve-se ao facto de se proteger na secção I “a liberdade (e/ou a autodeterminação sexual) de *todas* as pessoas, sem fazer acepção de idade”²², embora caso a vítima seja menor se apliquem as agravantes em razão da idade, ou o n.º 6²³ ou n.º 7²⁴ do art. 177 do CP, e²⁵ na secção II estarem

em causa condutas que, relativamente a adultos, ou não são consideradas crimes ou são-no, mas de menor gravidade; trata-se de condutas que, embora não integrem uma violência expressa, prejudicam gravemente o desenvolvimento da personalidade do menor.^{26 27}

¹⁹http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2381&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=.

²⁰ Estão inseridos nesta secção os seguintes crimes: coação sexual (art. 163º); violação (art. 164º); abuso sexual de pessoa incapaz de resistência (art. 165º); abuso sexual de pessoa internada (art. 166º); fraude sexual (art. 167º); procriação artificial não consentida (art. 168º); lenocínio (art. 169º) e importunação sexual (art. 170º).

²¹ Estão inseridos nesta secção os seguintes crimes: abuso sexual de crianças (art. 171º); abuso sexual de menores dependentes (art. 172º); atos sexuais com adolescentes (art. 173º); recurso à prostituição de menores (art. 174º); lenocínio de menores (art. 175º); pornografia de menores (art. 176º) e aliciamento de menores para fins sexuais (art. 176ºA).

²² Dias, J. F., 2012, p. 711.

²³ Caso a vítima seja menor de 16 anos.

²⁴ Caso a vítima seja menor de 14 anos.

²⁵ Em consonância com o art. 46, d) da CI.

²⁶ Cunha, 2016, p. 142.

²⁷ A vítima pode ser menor de 14 anos (art. 171º CP); menor entre 14 e 18 anos (art. 172º e 174º CP); menor entre os 14 e os 16 anos (art. 173º CP); menor de 18 anos (art. 175º, 176º e 176ºA CP).

Assim, na secção II, o bem jurídico protegido é não só a liberdade e a autodeterminação sexual mas também o livre desenvolvimento da personalidade do menor, sobretudo na esfera sexual.²⁸ A imaturidade e a vulnerabilidade dos menores justificam esta proteção acrescida da secção II.

Compreende-se esta proteção dada aos menores pois é essencial que nesta fase da formação da personalidade se procure de sobremaneira um desenvolvimento adequado da sexualidade, no sentido de proteger a liberdade do menor no futuro, para que decida, em liberdade, o seu comportamento sexual.²⁹

Como refere Costa Andrade, “até atingir um certo grau de desenvolvimento, indicado por determinados limiares etários, o menor deve ser preservado dos perigos relacionados com o envolvimento prematuro em actividades sexuais”.³⁰

Clara Sottomayor entende que o bem jurídico tutelado na secção II não é só o “livre desenvolvimento do jovem mas também a *qualidade emocional da sua vida*, uma vez que os danos psíquicos causados se projectam no futuro, afectando também a vida adulta”.³¹

Os abusos sexuais podem causar³² diversas consequências para a criança³³, tais como: ansiedade, perturbação de stress pós-traumático, depressão, baixa autoestima, dificuldades escolares, sentimentos de culpa³⁴, perturbações psiquiátricas, suicídio, isolamento, angústia, raiva, agressividade, medo, comportamentos sexuais inadequados, comportamentos de sedução, vergonha de ser tocada, abuso de álcool ou drogas, comportamentos desviantes, comportamentos regressivos, e elevado número de parceiros sexuais.³⁵

Posto isto, “Os abusos sexuais de menores (...) são verdadeiros assassinatos da alma. (...) São barreiras físicas e, conseqüentemente, psicológicas, que foram quebradas de forma irreversível”.³⁶ Foi uma infância que lhes foi roubada, uma inocência que foi perdida. A maior parte dos abusos são cometidos por alguém próximo do menor, aumentando o impacto traumático sofrido por este e pondo em causa o sistema familiar.³⁷

Além disso, a secção II pressupõe a criminalização de comportamentos sexuais livres de coação³⁸, isto é, não se exige, como na secção I, por exemplo, violência, ameaça grave, colocação da vítima na impossibilidade de resistir, ou torná-la inconsciente.³⁹ Como explica

²⁸ Dias, J. F., 2012, p. 711.

²⁹ Lopes & Milheiro, 2015, p. 140.

³⁰ Andrade, 2004, p. 396.

³¹ Sottomayor, 2003, p. 35.

³² Nem todas as crianças apresentam sinais de terem sido abusadas sexualmente. *Vd.* Manita, 2003, p. 245.

³³ Crianças no sentido dado pelo art. 1 da Convenção sobre os Direitos da Criança – “criança é todo o ser humano menor de 18 anos”.

³⁴ Carmo, Alberto & Guerra, 2006, p. 41.

³⁵ *Vd.* Manita, 2003, pp. 247-248.

³⁶ Strect, 2005, p. 118.

³⁷ A este propósito, *vd.* Ribeiro & Manita, 2007, pp. 47-83.

³⁸ Apesar de o adulto não usar de violência ou outro meio de constrangimento, a maioria das vezes trata-se de um comportamento imposto ao menor. Neste sentido, Manita, 2003, p. 241 e Cunha, 2016, p. 146.

³⁹ *Vd.* arts. 163º, n.º 1 e 164º, n.º 1 do CP.

Figueiredo Dias, tendo em conta a idade da vítima, estes comportamentos sexuais “podem, mesmo sem coacção, **prejudicar gravemente o livre desenvolvimento da sua personalidade, em particular na esfera sexual**”.⁴⁰

Estamos assim perante atos aparentemente “consentidos” pelo menor, uma vez que este não tem, em regra, capacidade para neles consentir validamente. Isto porque, quando a vítima tem menos de 14 anos (art. 171º do CP), ou tem entre 14 e 18 anos e se verifique uma relação de domínio (arts. 172º e 173º do CP), como veremos *infra*, não terá capacidade para formar a sua vontade de forma livre, sem pressões, nem terá plena consciência do significado dos seus comportamentos e respetivas consequências.⁴¹

Assim, por razões de segurança jurídica, o legislador vai reconhecendo de forma gradual capacidade para se consentir em comportamentos sexuais, apesar de o grau de maturidade variar consoante a criança.

Desta forma, em relação aos menores de 14 anos (arts. 171º e 177º, n.º 7 do CP) há uma presunção absoluta de incapacidade para consentirem livremente em atos sexuais.⁴² Esta “proteção absoluta”⁴³ não significa que lhes esteja vedado qualquer tipo de comportamento sexual. Como explica Ana Rita Alfaiate, “nem todos os actos sexuais praticados com menores de catorze anos provocam ofensa ao seu bem jurídico liberdade sexual ou sequer ao bem jurídico infância e juventude”.⁴⁴ Os atos sexuais entre menores com idades próximas, e não abusivos, fazem parte do desenvolvimento normal e da exploração sexual, razão pela qual o Direito Penal não deve intervir.

Entre os 14 e os 18 anos, o menor já terá alguma maturidade para formar a sua vontade de forma livre e, por isso, é-lhe concedida alguma autonomia a nível sexual, emergindo “o interesse da promoção da vertente positiva do bem jurídico, havendo necessariamente uma flexibilização no catálogo de condutas aptas a ofender a sua vertente negativa”.⁴⁵ É preciso acompanhar a evolução do menor e o seu amadurecimento.

Contudo, apesar de já terem alguma maturidade e mais consciência dos seus atos, os adolescentes não deixam de ser influenciáveis, vulneráveis e manipuláveis.⁴⁶ Muitas vezes, o menor “aceita” ter relações sexuais, com alguém mais velho, estabelecendo-se uma relação desigual, como forma de obter carinho e atenção.⁴⁷ É necessário proteger esta fase do

⁴⁰ Dias, J. F., 2012, p. 834.

⁴¹ Cunha, 2003, p. 195.

⁴² Inês Ferreira Leite entende que o facto de não se atribuir relevância à vontade do menor demonstra um total desrespeito para com este. Leite, I. F., 2011, p. 51.

⁴³ Cunha, 2016, p. 150.

⁴⁴ Alfaiate, 2009, p. 135.

⁴⁵ Alfaiate, 2009, p. 95.

⁴⁶ “São fáceis de manipular, dão-te aquilo que queres, ao contrário de mulheres maduras”. Palavras de um abusador de uma rapariga adolescente. Pacheco, 2016, p. 174.

⁴⁷ “Ele dizia para eu o tratar por pai. (...) A primeira vez que fui ver um jogo de futebol, foi com ele... Era uma espécie de sonho. Eu não conhecia o meu pai verdadeiro”. Relato de um jovem de 14 anos vítima de abuso sexual. Strecht, 2005, p. 122.

desenvolvimento marcada por desequilíbrios, por descobertas, e que corresponde a uma fase de transição para a vida adulta.

Assim, a proteção é relativa⁴⁸ nesta faixa etária, podendo o jovem consentir livremente em atos sexuais. Porém, quando os atos são praticados numa relação de dependência (o jovem tem entre 14 e 18 anos, art. 172º do CP) ou com abuso de inexperiência (o jovem tem entre 14 e 16 anos, art. 173 do CP), o consentimento já não é livre e o Direito Penal deve intervir.

II. Conceito de violência e de ameaça grave nos crimes de coação sexual e de violação

1. O n.º 1 dos arts. 163º e 164º do CP

Os crimes de coação sexual e de violação, previstos respetivamente nos arts. 163º e 164º do CP, “constituem o **núcleo** da protecção da liberdade sexual”.⁴⁹

Nestes crimes não se faz aceção de género, podendo ser praticados por ou contra qualquer pessoa, sendo assim crimes comuns. Contudo, as vítimas são maioritariamente do género feminino e o agressor, em regra, conhece a vítima. Se entre eles houver uma relação familiar, de coabitação⁵⁰, de tutela, de curatela, de hierarquia, económica ou profissional, aplica-se a agravante prevista no art. 177º, n.º 1 do CP.

O crime de violação é uma especialização do crime de coação, “crime-base”⁵¹, existindo entre ambos um concurso aparente, e distinguem-se pelo tipo de atos praticados. Enquanto no art. 163º o constrangimento é dirigido à prática de ato sexual de relevo⁵², no art. 164º é dirigido à prática de cópula, coito anal, coito oral, introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou de objetos. Sendo a violação “uma coação sexual especial (mais grave)”⁵³, a moldura penal também aumenta e, em vez de prever uma pena de prisão de 1 a 8 anos (art. 163º, n.º 1), prevê uma pena de prisão de 3 a 10 anos (n.º 1 do art. 164º).

Todavia, os meios de constrangimento, que devem visar intencionalmente⁵⁴ a prática do ato sexual, exigidos no n.º 1 de ambos os tipos legais de crime (crime de execução vinculada), são os mesmos – violência, ameaça grave, colocação da vítima em estado de inconsciência ou na impossibilidade de resistir.

⁴⁸ Cunha, 2016, p. 150.

⁴⁹ Dias, J. F., 2012, p. 716.

⁵⁰ Em harmonia com o art. 46º, a) da CI.

⁵¹ Cunha, 2003, p. 196.

⁵² Devido ao número de caracteres não nos é possível desenvolver o conceito de ato sexual de relevo. Contudo, *vd.* Dias, J. F., 2012, pp. 718-721.

⁵³ Cunha, 2003, p. 196.

⁵⁴ Tem de existir uma relação meio/fim entre o meio de constrangimento e o ato sexual. *Vd.* Dias, J. F., 2012, p. 724.

Pelo facto de ter gerado discussão e se prender mais com o nosso tema, só nos iremos centrar nos conceitos de violência e de ameaça grave, previstos nos crimes de coação sexual e de violação.⁵⁵

2. Meios típicos de constrangimento

2.1. Conceito de violência

Este meio típico de constrangimento é objeto de discussão na doutrina e na jurisprudência, levantando-se a questão de saber se o dissentimento ou o não consentimento se podem incluir no conceito de violência, assim como se a violência psíquica integra este conceito ou o de ameaça grave.

A este propósito, podem identificar-se 3 teses.⁵⁶

Para a primeira tese⁵⁷, o dissentimento ou o não consentimento⁵⁸ é suficiente para preencher o conceito de violência, “pois um relacionamento sexual contra a vontade da vítima é sempre violento”.⁵⁹ Assim, este conceito é abrangente, incluindo a violência física e psíquica.^{60 61} Não é necessário haver uma resistência física efetiva, a oposição ao ato sexual pode ser demonstrada mediante palavras ou gestos.⁶²

A segunda tese sustenta que não basta o dissentimento, é necessário “o uso da **força física** (como *vis absoluta* ou como *vis compulsiva*) destinada a vencer uma resistência oferecida ou esperada”.⁶³ Quanto à força empregue, basta ser “**idónea, segundo as circunstâncias do caso** (...)”, a vencer a resistência efectiva ou esperada da vítima”,⁶⁴ podendo ser suficiente restringir-lhe os movimentos.⁶⁵ Esta perspetiva exclui deste meio de constrangimento a violência psíquica ou moral, uma vez que isso poderia conduzir a uma “inadmissível confusão entre meios (típicos) de violência e meios (atípicos) de *sedução*”.⁶⁶

Por fim, a terceira tese exige um debate entre o autor e a vítima, recaindo sobre esta o ónus de resistência. “Caso não ocorra ‘resistência’ a passividade da vítima é susceptível de

⁵⁵ Neste Cap. só nos iremos centrar no n.º 1 destes arts., deixando para o Cap. III a análise dos n.ºs 2.

⁵⁶ Cunha, 2016, p. 136.

⁵⁷ Posição adotada, designadamente, por Sottomayor, 2011, pp. 273-318 e Cunha, 2011, pp. 469-479. Neste sentido, também Ac. do STJ, de 23-2-2011.

⁵⁸ Bem como o consentimento que não foi livre, por exemplo, por ter sido obtido mediante fraude ou por medo. Sottomayor, 2015, p. 110.

⁵⁹ Cunha, 2016, pp. 136-137.

⁶⁰ Neste sentido, Sênio Alves, 1995, pp. 31-33, para quem “o art. 164º, n.º 1 refere a violência sem lhe juntar o qualificativo física, de onde parece lógico concluir que tanto a violência física como a moral, se determinarem a cópula, são elementos constitutivos do tipo”.

⁶¹ O dissentimento estaria inserido na violência psíquica.

⁶² Albuquerque, 2015, p. 649.

⁶³ Dias, J. F., 2012, p. 726. Neste sentido, Garcia & Rio, 2015, pp. 726-727.

⁶⁴ Dias, J. F., 2012, p. 726.

⁶⁵ Conceição Cunha exemplifica com o transporte da vítima para algum lado, trancando-a num automóvel (Cunha, 2003, p. 199). Neste sentido, *vd.* Dias, J. F., 2012, p. 726; Leite, I. F., 2011, p. 62 e Albuquerque, 2015, p. 646.

⁶⁶ Dias, J. F., 2012, p. 726.

ser, erradamente, tomada pelo agressor como consentimento, o que excluiria o dolo”⁶⁷, não sendo punível a violação e a coação sexual por negligência.⁶⁸

O acórdão do TRP, de 13-4-2011, adotando esta terceira perspetiva, absolveu o arguido – psiquiatra – do crime de violação (art. 164º, n.º 1 do CP) a que havia sido condenado pelo Tribunal de primeira instância. Isto porque se entendeu que o arguido, ao agarrar a cabeça da vítima para lhe inserir na boca o seu pénis ereto, e ao empurrá-la contra o sofá, virando-a de costas e baixando-lhe as calças, para lhe introduzir o pénis na vagina⁶⁹, não preenchia nenhum meio de constrangimento. Acresce o facto de a vítima se encontrar na fase final de gravidez e com uma depressão. O Tribunal sustenta a sua posição em autores como Simas Santos e Leal-Henriques⁷⁰ e Nélson Hungria⁷¹ e Rodriguez Devesa.

A ideia de que estes crimes são cometidos por estranhos em que a vítima reage, ficando com marcas no corpo, corresponde a um estereótipo. Esta exigência de vestígios de violência facilitaria a prova dos factos e evitar-se-ia a adesão ao mito de que as vítimas, na maioria mulheres, usam “o *poder* de denúncia de forma irresponsável, caprichosa e calculista”.⁷²

Surpreende-nos que em pleno século XXI se profiram decisões como a deste acórdão, que afirma que os crimes de coação sexual e de violação criminalizam

apenas as situações de atentados à liberdade sexual que atentam gravemente contra a liberdade da vontade do sujeito, através de coacção grave ou violência e não os casos de prática de actos sexuais de relevo apenas praticados sem o consentimento da vítima maior de idade.⁷³

Esta interpretação “representa uma concepção da sexualidade em que a mulher ocupa a posição de um objecto, porque a sua autonomia como pessoa e as suas palavras não merecem valor nem consideração”.⁷⁴

Através da análise da matéria de facto dada como provada, e mesmo adotando a segunda tese, o arguido constrangeu a vítima à prática de atos sexuais mediante o uso da força física, tendo sido usada a força necessária a tal constrangimento, visto que se encontrava numa situação de especial vulnerabilidade.⁷⁵

Outro argumento que não se compreende neste acórdão consistiu na afirmação de que fazia parte do tipo legal de crime de violação “a necessidade de o agente ter de se debater

⁶⁷ Ac. do TRP, de 13-4-2011.

⁶⁸ Clara Sottomayor defende que, tal como o homicídio negligente, também deveria ser possível punir por violação negligente. *Vd.* Sottomayor, 2011, p. 313.

⁶⁹ Parágrafos 6 e 7 dos factos dados como provados no Ac.

⁷⁰ Leal-Henriques & Santos, 2000, p. 370.

⁷¹ “O dissenso da vítima deve ser sincero e positivo, manifestando-se por inequívoca resistência. (...) É necessária uma vontade decidida e militantemente contrária, uma oposição que só a violência física ou moral consegue vencer. Sem duas vontades embatendo-se em conflito” não há violação. Hungria, 1981, p. 107.

⁷² Ventura, 2015, p. 85.

⁷³ Ac. do TRP, de 13-4-2011.

⁷⁴ Sottomayor, 2011, p. 284.

⁷⁵ Neste sentido, *vd.* voto de vencido de José Manuel Baião Papão.

contra a resistência da vítima”. A lei apenas exige o uso de violência, e não um ónus de resistência da vítima em que esta tenha de lutar com o agressor.⁷⁶

Conceição Cunha e Clara Sottomayor fazem comparações muito interessantes a este propósito. A primeira autora demonstra as falácias em que o TRP incorre ao fazer uma interpretação restritiva do conceito de violência, pois o ato de empurrar contra o sofá uma mulher grávida é qualificado como “violento preenchendo o crime de ofensa à integridade física (art. 143º [do CP])”⁷⁷, mas já não o é se for feito com “intenção libidinosa”.⁷⁸ A segunda autora, partindo também do ato de empurrar a mulher grávida, não compreende como é que a prática desses atos com o intuito de “lhe subtrair um objecto ou para a ofender psíquica ou fisicamente”⁷⁹ constituiria “respectivamente, um crime de roubo, de ofensa à integridade física ou de maus tratos psíquicos”⁸⁰, mas se for com intenção de obter relações sexuais já não é penalizado.

O conceito de violência nos crimes de violação e de coação sexual é mais exigente do que noutros crimes. Clara Sottomayor exemplifica com o crime de roubo (art. 210º do CP), onde não se exige às vítimas o ónus de resistência.⁸¹ O crime de violação de domicílio (art. 190º do CP) é apontado por Teresa Beleza como um crime onde não se exige violência, nem ameaça, mas sim o não consentimento.⁸²

A primeira tese foi adotada, nomeadamente, no acórdão do TRP de 10-9-2014, em que, curiosamente, a juíza relatora é a mesma do acórdão anterior e, numa situação semelhante, decidiu de forma antagónica, condenando o arguido, portador de um “atraso mental, ligeiro a moderado”, pelo crime de violação (art. 164º, n.º 1, a) do CP) de uma ciclista numa ciclovia, tendo-lhe para tal puxado os cabelos, atirando-a para o chão e imobilizando-a.⁸³ Entendeu-se que o conceito de violência integra a violência física e psicológica e não é necessário haver marcas físicas na vítima, nem resistência por parte desta. Muitas vezes, a vítima fica paralisada pelo medo e isso não pode ser confundido com consentimento⁸⁴, caso contrário desproteger-se-ia o bem jurídico liberdade sexual.

Não podemos continuar a permitir que situações como a do acórdão do TRP de 7-11-2007⁸⁵, em que a vítima implora para o arguido parar, tentando a todo o custo evitar a penetração, não sejam consideradas violentas. Sobretudo quando argumenta que a vítima não se encontrava em sofrimento psicológico, porque apontou a matrícula do automóvel do

⁷⁶ Cunha, 2011, p. 475.

⁷⁷ Cunha, 2011, p. 474.

⁷⁸ Cunha, 2011, p. 474.

⁷⁹ Sottomayor, 2011, p. 305.

⁸⁰ Sottomayor, 2011, p. 305.

⁸¹ Sottomayor, 2011, pp. 310-311.

⁸² Beleza, 2016, p. 22.

⁸³ Parágrafos 5 e 6 dos factos dados como provados no Ac.

⁸⁴ Neste sentido, Ac. do TRP, de 10-9-2014.

⁸⁵ A este propósito *vd.* Pereira, A. G., 2018.

arguido após o sucedido,⁸⁶ nem em sofrimento físico, pois este, apercebendo-se da dor que lhe estava a causar pela prática de coito anal, parou e retomou a cópula, e “essas dores, mesmo que tenham sido intensas, (...), foram pouco mais que instantâneas e não queridas pelo arguido”.⁸⁷

Quando a vítima é menor e o agente recorre a meios de violência para a constranger à prática de atos sexuais, como vimos, nesse caso aplicar-se-á ou o art. 163º ou o art. 164º do CP⁸⁸, conforme os atos sexuais praticados, agravado⁸⁹ em razão da idade.⁹⁰

Isto é, se a vítima for menor de 14 anos aplica-se a moldura penal dos arts. 163º, n.º 1⁹¹, ou 164º, n.º 1⁹², agravada de metade nos seus limites mínimo e máximo (art. 177º, n.º 7 do CP). Se a vítima for menor de 16 anos, os limites da moldura penal dos arts. 163º, n.º 1⁹³, ou 164º, n.º 1⁹⁴, serão agravados de um terço (art. 177º, n.º 6 do CP).

Desta forma, sendo a vítima menor, o conceito de violência, a nosso ver, terá de ser analisado com outro cuidado e numa perspetiva diferente. A mesma situação pode não ser vista como violenta para um adulto mas sê-lo para uma criança.⁹⁵ Temos de ter consciência de que se trata de seres humanos vulneráveis, que não têm maturidade suficiente para lidar com algumas questões da mesma maneira que um adulto, são influenciáveis e mais facilmente os conseguimos enganar ou assustar.

A este propósito, destacamos o caso⁹⁶ de uma adolescente de 16 anos que foi forçada a praticar atos sexuais de relevo com um adulto. Ficou provado que o agente agiu contra a vontade da vítima, que lhe pediu para parar, ao que este não acedeu e, “em virtude da sua supremacia física” lhe tirou os calções e as cuecas, consumando a cópula. A jovem só conseguiu fugir quando o agente “afrouxou a força que fazia”.⁹⁷

Estes factos foram enquadrados, e mal, a nosso ver, pelo Tribunal de primeira instância, no art. 173º do CP, que pressupõe o consentimento da vítima, tendo sido deduzida acusação pelo MP no mesmo sentido. Concordamos com o TRP ao subsumi-los no crime de violação (art. 164º), pois em causa está claramente o uso de força física.

⁸⁶ Vd. Conselhos dados pela PJ em caso de violação ou abuso sexual, em que um deles é tentar fixar a matrícula do veículo do agressor. <https://www.policiajudiciaria.pt/violacao-abuso-sexual/>.

⁸⁷ Ac. em análise.

⁸⁸ O facto de a vítima ser uma criança não significa que se tenha de aplicar os arts. da secção II, pois como já se disse, a secção I também criminaliza atos sexuais em vítimas menores, caso contrário não faria sentido prever-se agravações em razão da idade no art. 177º do CP.

⁸⁹ Note-se que, apesar de o art. 177º do CP prever várias circunstâncias agravantes, o n.º 8 estabelece a proibição da dupla valoração.

⁹⁰ Vd. Tabela das molduras penais do n.º 1 dos arts. 163º e 164º agravadas em razão da idade no apêndice I.

⁹¹ A moldura do art. 163º, n.º 1 é de 1 a 8 anos; com a agravação de metade, passa a ser de 18 meses a 12 anos.

⁹² A moldura do art. 164º, n.º 1 é de 3 a 10 anos; com a agravação de metade, passa a ser de 4 anos e 6 meses a 15 anos.

⁹³ A moldura do art. 163º, n.º 1, com a agravação de um terço, passa a ser de 16 meses a 10 anos e 8 meses.

⁹⁴ A moldura do art. 164º, n.º 1, com a agravação de um terço, passa a ser de 4 anos a 13 anos e 4 meses.

⁹⁵ Neste sentido, Cunha, 2016, pp. 142-143.

⁹⁶ Ac. do TRP, de 4-6-2014.

⁹⁷ Parágrafos 8, 9 e 10 dos factos dados como provados no Ac.

Posto isto, deparamo-nos com uma necessidade de uniformizar o entendimento sobre o conceito de violência para que não se absolvam novamente situações graves, e que tantas consequências acarretam para as vítimas, e para que se evite a adoção de teses diferentes, e consequentemente decisões judiciais distintas, em casos semelhantes, de acordo com a opinião individual de cada um, como no caso dos acórdãos já analisados em que a mesma relatora adotou teses diferentes em casos idênticos.

2.2. Conceito de ameaça grave

O art. 153º do CP consagra o crime autónomo de ameaça, que apresenta como características principais ser um mal, futuro e dependente da vontade do agente.⁹⁸

O conceito de ameaça grave, como meio típico de constrangimento dos crimes de coação sexual e de violação, levanta algumas questões, impondo-nos por isso tecer algumas considerações a este respeito.

Segundo Figueiredo Dias, deve entender-se por ameaça grave “a manifestação do propósito de causar um mal ou um perigo se a pessoa ameaçada não consentir no acto sexual”, incluindo neste conceito a violência psíquica⁹⁹ e considerando esta ameaça “tipicamente **mais exigente** do que a que ocorre no art. 154º [crime de coação]”. Isto significa que a ameaça tem de ser grave “segundo o seu **conteúdo**, mas também segundo a sua **medida** e a sua **intensidade** (a ameaça de uma bofetada não constitui, seguramente, uma ameaça tipicamente relevante para efeito de coacção sexual)”.¹⁰⁰

Conceição Cunha não concorda que se deva interpretar o conceito de ameaça grave dos arts. 163º e 164º do CP de forma mais exigente do que o conceito de “ameaça com mal importante” do crime de coação (art. 154 do CP).¹⁰¹ Acrescenta ainda que se deve incluir neste conceito, além das ameaças para a vida e para a integridade física, as ameaças para a honra e dignidade da vítima, exemplificando com a “ameaça de denúncia ou de calúnia relativa a facto atentatório da dignidade da vítima”.¹⁰²

A ameaça pode visar a vítima ou, caso represente para esta uma ameaça grave¹⁰³, um terceiro, por exemplo a ameaça de matar um amigo ou um familiar próximo da vítima.¹⁰⁴

Para Maria do Carmo, “‘ameaçar’ é anunciar o propósito de fazer mal a alguém, sendo certo que a ameaça grave cria no espírito da vítima um fundado receio de grave e iminente

⁹⁸ Carvalho, 2012, p. 553.

⁹⁹ Neste sentido, incluindo a violência psíquica no conceito de ameaça, desde que se possa considerar grave, Garcia e Rio, 2015, p. 727. Entendendo que “A ‘**ameaça grave**’ representa a forma mais grave de violência psíquica, que coincide com a prevista no artigo 155º, n.º 1, al. a) [do CP]”, Albuquerque, 2015, p. 647. Contra, defendendo que a violência moral se integra no conceito de violência e não no de ameaça grave, Sénio Alves, 1995, pp. 32-33.

¹⁰⁰ Dias, J. F., 2012, pp. 727-728.

¹⁰¹ Cunha, 2017, p. 351.

¹⁰² Cunha, 2003, p. 200.

¹⁰³ Neste sentido, Dias, J. F., 2012, p. 728.

¹⁰⁴ Pereira, R. C., 1996, p. 47.

mal”, e a gravidade “radica na sua idoneidade para provocar na vítima um estado de temor tal que seja induzida a escolher, como saída menos gravosa, a realização” dos atos queridos pelo agente.¹⁰⁵

O facto de a lei exigir a gravidade da ameaça suscita problemas ao permitir conceções subjetivas por parte do aplicador e conduzir eventualmente a absolvições injustas de agentes.

A ameaça de divulgar fotografias íntimas e sexuais da vítima¹⁰⁶ foi considerada, e bem, pelo TRC¹⁰⁷, como ameaça grave, contrariamente ao sustentado pelo acórdão recorrido, compreendendo o “medo” e o “pânico” que a mesma possa ter sentido,

desde logo porque numa sociedade profundamente preconceituosa e moralista, quer a vítima quer o agente sabem que a censura é, em regra, dirigida à pessoa ameaçada e não ao agente. E quando a vítima é mulher e o agente homem então todos estes preconceitos se elevam a níveis superlativos.¹⁰⁸

O TRP considerou estar preenchido este meio de constrangimento quando, após a vítima ter recusado manter relações sexuais com o arguido, este a ameaçou “que ou ela mantinha relações sexuais com ele ou desferia-lhe dois socos”¹⁰⁹, uma vez que aquela sabia que o arguido era violento, tendo-lhe batido anteriormente.

Também neste meio de coação valem as considerações feitas a propósito do conceito de violência quando a vítima é menor.

Neste sentido, o TRC referiu, e bem, que “É pelo padrão da vítima, da pessoa a quem é dirigida a ameaça que se aferirá da sua gravidade”.¹¹⁰ Por isso, a mesma ameaça pode não ser grave para um adulto, mas poderá ser para uma criança. Considerou grave a ameaça feita pelo arguido à vítima, mesmo após esta ter completado 14 anos, de que, caso não tivesse relações sexuais com ele, a família é que sofria as consequências e seria retirada à mãe, visto ter sido perspectivada pela criança como possível de concretizar.

Deparamo-nos com a urgência de se proceder a uma alteração legal para clarificar que o não consentimento num ato sexual também é criminalizado, para assim se uniformizarem as decisões judiciais e se proteger o bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual.

¹⁰⁵ Dias, M. C., 2000, p. 28.

¹⁰⁶ Sustentando que a ameaça de divulgar fotografias da vítima nua não consubstancia uma ameaça grave, Albuquerque, 2015, p. 647. Discordamos deste pensamento. Trata-se da intimidade da vítima e, por isso, é perfeitamente compreensível que esta ceda à ameaça do agente, sobretudo na era digital em que vivemos.

¹⁰⁷ Ac. do TRC, de 3-2-2016.

¹⁰⁸ Ac. do TRC, de 3-2-2016.

¹⁰⁹ Ac. do TRP, de 15-6-2011.

¹¹⁰ Ac. do TRC, de 25-6-2014.

III. O impulso da CI e as alterações aos arts. 163º, n.º 2 e 164º, n.º 2 do CP

Os n.ºs 2 dos arts. 163º e 164º do CP, introduzidos pela revisão do CP de 1998 e alargados em 2007, consagravam o crime de assédio sexual, prevendo a criminalização de atos sexuais constrangidos mediante “abuso de autoridade resultante de uma relação familiar, de tutela ou curatela, ou de dependência hierárquica, económica ou de trabalho” ou mediante aproveitamento de temor causado pelo agente.¹¹¹

Mesmo assim, muitas situações ficavam desprotegidas, uma vez que, numa situação de dissentimento¹¹² ou de consentimento constrangido que não chegasse ao nível dos meios de constrangimento do n.º 1 dos arts. 163º e 164º, só pelo n.º 2 destes mesmos artigos é que podiam estar protegidas, e apenas se se provasse que em causa estava ou uma daquelas relações ou o aproveitamento de temor, o que não era fácil e previa uma pena de prisão muito leve.

Assim, como referimos no Cap. I, a CI surgiu pela desigualdade histórica entre homens e mulheres, levando a que estas fossem alvo de discriminação, e por as vítimas de violência serem na sua maioria¹¹³ do género feminino,¹¹⁴ seja de violência doméstica, seja de violação, assédio sexual, casamento forçado, crimes de honra ou até de mutilação genital feminina, pretendendo-se com este instrumento “criar uma Europa livre de violência”.¹¹⁵

Pela ligação com o nosso tema destacamos o art. 36º da CI, cuja epígrafe é “Violência sexual, incluindo violação”, e que dispõe no seu n.º 1 que as partes “deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar a criminalização” de atos sexuais intencionais não consentidos, como “a penetração vaginal, anal ou oral, de natureza sexual, de quaisquer partes do corpo ou objetos no corpo de outra pessoa”, bem como a prática de outros atos de natureza sexual.

O n.º 3 do art. 36 prevê que o disposto no n.º 1 vale igualmente para os “atos praticados contra os cônjuges ou companheiros ou contra os ex-cônjuges ou ex-companheiros”.

Além disso, a CI, no seu art. 25º, ressalva a importância de serem disponibilizados às vítimas “os meios necessários à recolha da prova, num momento o mais próximo possível

¹¹¹ A pertinência do n.º 2 destes arts. foi questionada por Dias, J. F., 2012, pp. 734-736 e 754-755.

¹¹² Caso se adote a perspetiva segundo a qual o dissentimento por si é insuficiente para preencher um dos meios típicos de constrangimento.

¹¹³ *Vd.* Conselhos dados pela PSP para proteção de mulheres. <http://www.psp.pt/Pages/apspaconselha/mulheres.aspx?menu=2>.

¹¹⁴ Mas não se alimente a ideia de que as vítimas são apenas do género feminino. Muitos homens são vítimas de violência, como a sexual, inclusivamente perpetrada por uma mulher. Para fazer face a este problema surgiu em 2016 a associação “Quebrar o silêncio”, que apoia sobreviventes deste tipo de violência. A este propósito *vd.* Agulhas, 2018.

¹¹⁵ Preâmbulo da CI.

dos factos, devendo, para o efeito, criar centros de ajuda de emergência apropriados para vítimas de violação ou violência sexual”.¹¹⁶

Isto traduz-se num marco importante em matéria de crimes sexuais, pois tutela de forma abrangente o bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual, impondo a criminalização de comportamentos sexuais praticados sem o consentimento da vítima, independentemente de esta ter resistido ou de se ter recorrido a violência física.

A CI segue assim o entendimento da jurisprudência do TEDH, que considera que o não consentimento, e não o uso de violência ou da sua ameaça, é elemento do crime de violação, podendo ser expresso por palavras ou gestos, e não necessariamente através de resistência física (M.C. *versus* Bulgária).¹¹⁷ Em Portugal, esta interpretação, como vimos *supra*, também é seguida por parte da doutrina e da jurisprudência.

Conclui-se “que o bem jurídico a ser tutelado é a *liberdade sexual*, (...) o que se criminaliza é o relacionamento sexual (...) que não seja praticado de acordo com a *vontade livre* das pessoas envolvidas”.¹¹⁸

Em virtude da ratificação da CI, Portugal procedeu a alterações legislativas para dar cumprimento às obrigações que daí lhe advieram, através da Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, alterando-se¹¹⁹, nomeadamente, o n.º 2 dos arts. 163º e 164º do CP, que passam agora a prever o constrangimento a ato sexual “por meio não compreendido no número anterior”, ou seja, tipificam um crime de execução livre. Para além disso, também se procedeu a um agravamento da punição, e, em vez de pena de prisão até 2 anos, o art. 163º, n.º 2 passa a prever uma pena de prisão até 5 anos e, em vez de uma pena até 3 anos, o art. 164º, n.º 2 passa a prever uma moldura de 1 a 6 anos de pena de prisão. As circunstâncias do anterior n.º 2 destes arts. deixaram de estar aqui previstas e, juntamente com a relação de coabitação (*vd.* art. 46º, a) da CI), constituem agora agravantes, nos termos do art. 177º, n.º 1, b) do CP.¹²⁰

Apesar da redação do n.º 2 destes artigos não ser a melhor, por não ser clara a criminalização dos atos sexuais não consentidos voluntária e livremente pela vítima, tal como Conceição Cunha, entendemos que o novo n.º 2 passa a abranger quer o dissentimento, ou o não consentimento¹²¹, quer o consentimento constrangido¹²² – não livre – que não chegue ao patamar de violência, de ameaça grave ou de colocação da vítima em

¹¹⁶ Sottomayor, 2015, p. 112.

¹¹⁷ Parecer da APAV sobre as implicações legislativas da CI, 2014, p. 11.

¹¹⁸ Cunha, 2016, p. 133.

¹¹⁹ O n.º 1 dos arts. 163º e 164º do CP não foi alterado.

¹²⁰ O nosso ordenamento jurídico não prevê o assédio sexual como crime autónomo, como acontece na CI no art. 40º, suscitando discordância por parte de alguma doutrina, nomeadamente Sottomayor, 2016, pp. 69-90.

¹²¹ “quer o exteriorize expressamente, quer esteja implícito no seu comportamento”. Lopes & Milheiro, 2015, p. 48.

¹²² Por vezes, de forma a simplificar, referir-nos-emos a estes casos como consentimento constrangido ou, utilizando a expressão de Conceição Cunha, como “pressões ou ameaças não graves”, *vd.* Cunha, 2017, p. 354.

estado de inconsciência ou na impossibilidade de resistir. A vítima pode ser constrangida a praticar atos sexuais, não manifestando livremente o seu consentimento, em virtude de simples ameaças, do número de agressores, do local, da idade ou do contexto, mesmo que não haja violência ou ameaça grave.¹²³ Esta é a interpretação que melhor cumprimento dá às exigências da CI e que vai ao encontro das nossas exigências constitucionais, nomeadamente dos arts. 25º, n.º 1 e 26º, n.º 1.

Assim, o n.º 1 abrange aqueles casos em que se usou de força física ou a ameaça seja considerada grave, conceitos interpretados nos termos defendidos por Figueiredo Dias e *supra* analisados.^{124 125}

O art. 36º, n.º 2 da CI estipula ainda que o consentimento terá “de ser prestado voluntariamente, como manifestação da vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes”. O consentimento “pressupõe, em regra, atos positivos e de colaboração, ou uma conduta ativa”¹²⁶, e tem de ser dado para cada ato, podendo ser revogado em qualquer momento, pois nesta matéria “quem consente no menos não consente no mais. E quem consentiu ontem pode não consentir hoje”.¹²⁷ O silêncio da vítima não pode ser encarado como consentimento porque, muitas vezes, esse silêncio resulta de esta se sentir com medo e “impotente para resistir fisicamente, crendo ser em vão fazê-lo, perante o desequilíbrio de forças e por poder ser, potencialmente, mais perigoso”.¹²⁸

Um argumento que é invocado contra esta extensão da tutela penal, nomeadamente pelas deputadas Teresa Anjinho e Carla Rodrigues¹²⁹, diz respeito às dificuldades de prova do não consentimento ou do consentimento constrangido, sobretudo nestes crimes em que a declaração da vítima é essencial e, frequentemente, a única, uma vez que os atos sexuais são praticados sem a presença de terceiros. É certo que a prova nestes casos não será fácil, mas isso não pode ser motivo para não estar prevista a criminalização de comportamentos sexuais obtidos sem consentimento ou mediante consentimento constrangido da vítima. “Há muitos crimes na nossa lei penal em que as dificuldades de prova são notórias (...) mas isso não impede o CP de os manter ou até alargar no seu catálogo de factos incriminados, em alguns casos com penas de acentuada severidade.”¹³⁰ Por isso, questionamo-nos do porquê de se levantarem tantos obstáculos nesta matéria.¹³¹

¹²³ Lopes & Milheiro, 2015, p. 48.

¹²⁴ Cunha, 2016, pp. 140-141.

¹²⁵ O que foi referido no Cap. II, a propósito da especificidade no preenchimento dos meios típicos de constrangimento, quando as vítimas são crianças, deverá manter-se nos casos incluídos no novo n.º 2.

¹²⁶ Sottomayor, 2015, p. 110.

¹²⁷ Albuquerque, 2015, p. 652.

¹²⁸ Comentário da APAV, 2014, p. 1.

¹²⁹ Vd. Intervenção parlamentar das deputadas Teresa Anjinho e Carla Rodrigues a propósito do projeto de lei n.º 522/XII (3ª), do Bloco de Esquerda – Altera a previsão legal dos crimes de violação e coação sexual no Código Penal.

¹³⁰ Beleza, 2016, p. 25.

¹³¹ Clara Sottomayor considera que o âmago da questão não é a dificuldade de prova, mas sim o receio de falsas denúncias por parte das mulheres, estereótipo que tende a perdurar. Sottomayor, 2015, p. 111.

De qualquer maneira, com estas alterações, o legislador dá cumprimento às obrigações decorrentes da ratificação da CI e acompanha a jurisprudência do TEDH, ao mesmo tempo que resolve problemas levantados pelos conceitos de violência e de ameaça grave, passando a abranger o dissentimento da vítima e o seu consentimento constrangido. Mesmo que se suscitem dúvidas na interpretação dos conceitos do n.º 1, com este novo n.º 2 é possível assegurar a proteção de uma maior panóplia de casos¹³², “alargando-se o âmbito incriminatório, ampliando, por essa via, a tutela da vítima”¹³³, funcionando como uma “válvula de segurança”, cuja diferença residirá ao nível da moldura penal, que difere no n.º 1 e no n.º 2.

Contudo, a redação dos n.ºs 2 dos arts. 163º e 164º do CP devia ter sido outra, fazendo referência expressa à falta de consentimento livre (o que abarcaria o não consentimento, bem como o “consentimento” obtido através de pressões, ameaças não graves e indução em erro), evitando que se mantivessem dúvidas a este propósito, aproximando-se do consagrado na CI no art. 36º e clarificando-se de vez “que o não consentimento não depende da manifestação de resistência física por parte da vítima, para assim combater a desproteção na prática atualmente existente”.¹³⁴

Este foi o entendimento seguido no Projeto de Lei do Bloco de Esquerda¹³⁵, que não foi aprovado, e que estabelecia que era na falta de consentimento da vítima¹³⁶ que residia a violação do bem jurídico, não constituindo meios típicos de constrangimento a violência e a ameaça grave.¹³⁷

A violência, física ou psíquica, a ameaça grave, a colocação da vítima na impossibilidade de resistir ou em estado inconsciente (art. 163º, n.º 3, e) e art. 164º, n.º 3, e) do Projeto de Lei), a vítima ter menos de 14 anos, ou ser menor de 16 anos (a) e c) do n.º 3, dos arts. 163º e 164º do Projeto) passavam a constituir agravantes.

Nesta proposta também ficou previsto que “Quando o ato for cometido contra menor de 16 anos, é dispensado o requisito da ausência de consentimento para a conduta ser punível nos termos do presente artigo” (arts. 163º, n.º 2 e 164º, n.º 2 do Projeto).

Isto significa que

¹³² É sempre necessário haver culpa dolosa do agente para que este possa ser responsabilizado penalmente.

¹³³ Lopes & Milheiro, 2015, p. 67.

¹³⁴ Parecer da APAV sobre as implicações legislativas da CI, 2014, p. 11.

¹³⁵ Projeto de Lei n.º 664/XII/4a – Altera a previsão legal dos crimes de violação e coação sexual no Código Penal.

¹³⁶ “Artigo 163.º (...) 1 - Quem, *sem consentimento*, expresso por qualquer meio, constranger outra pessoa à prática de atos sexuais não previstos no artigo 164.º, que atentem contra a liberdade e autonomia sexual, é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos.” “Artigo 164.º (...) 1 - Quem, *sem consentimento*, expresso por qualquer meio, constranger alguém: a) A praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou b) A sofrer introdução vaginal, anal ou oral de partes do corpo ou objetos; é punido com pena de prisão de três a dez anos”. *Itálico nosso*.

¹³⁷ Projeto de Lei n.º 664/XII/4a, p. 2.

este Projeto equiparava expressamente consentimento e dissentimento de menor de 16 anos, assumindo assim que apenas aos 16 anos se atinge a capacidade para consentir em relacionamentos sexuais e conferindo uma proteção absoluta até esta idade.^{138 139}

O Projeto devia ter previsto a abolição ou a alteração dos arts. 171º, 172º e 173º do CP, uma vez que o primeiro deixaria de fazer sentido, pelo menos os seus n.ºs 1 e 2, ao prever esta proteção apenas aos menores de 14 anos; os outros dois artigos tinham de ser reformulados, passando a tutelar a faixa etária entre os 16 e os 18 anos.¹⁴⁰

Por sua vez, Inês Ferreira Leite¹⁴¹ defende que os meios típicos de constrangimento devem ser eliminados, não se transformando em agravantes¹⁴², uma vez que aqueles “são formas socialmente comuns para a execução do crime de violação, e não circunstâncias excecionais que despoletem fatores agravantes”, garantindo-se com isto “que também há violação quando são usadas formas de violência subtil”.¹⁴³ Os arts. 163º e 164º limitar-se-iam a exigir o dissentimento expresso da vítima.¹⁴⁴ “O que se pretende é reforçar que há violação sempre que sejam praticados atos sexuais de relevo contra a vontade da vítima – sem o seu consentimento – e não criar vários níveis de violação”.¹⁴⁵ Esta não nos parece ser a melhor solução visto que, quando se tenha usado de violência ou de ameaça grave, os atos serão necessariamente mais graves e isso deve refletir-se na moldura penal.

A APMJ emitiu um parecer¹⁴⁶ no qual também prevê que os crimes dos arts. 163º e 164º se verificam com a ausência de consentimento livre e expresso¹⁴⁷ e, em caso de “violência de considerável gravidade”, ou de “circunstâncias que revelem especial censurabilidade ou perversidade do agente” ou de terem “resultado danos físicos ou psíquicos graves, para a vítima”, bem como a morte ou suicídio desta, a moldura penal será

¹³⁸ Cunha, 2016, p. 157.

¹³⁹ Inês Leite, no Comentário sobre a Liberdade sexual, critica esta solução, pois entende que isso implicaria “a supressão total e absoluta de qualquer liberdade sexual dos menores de 16 anos. Passaria a ser crime a troca de carícias ou certos beijos mais profundos (...) inclusivamente quando praticados entre menores”. *Vd.* <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c7a6335596a63335a6a41794c5751315a446b744e44457a5a6931684d7a55794c5751334e54466c593255345a5455794d5335775a47593d&fich=79b77f02-d5d9-413f-a352-d751ece8e521.pdf&Inline=true>.

¹⁴⁰ Cunha, 2016, pp. 157-158.

¹⁴¹ Leite, I. F., 2011.

¹⁴² Isto porque a Autora entende que “quando a violência é excessiva, já está garantida a agravação no n.º 4 do art. 177º do CP”. A este propósito, *vd.* Cunha, 2016, p. 159.

¹⁴³ Leite, I. F., 2011.

¹⁴⁴ A Autora propõe que os crimes de coação sexual e de violação passem a estar tipificados num único art.: “1. Quem, contra o dissentimento expresso por qualquer forma de outra pessoa, a constranger a sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, ato sexual de relevo é punido com pena de prisão de um a oito anos. 2. Quem, nos termos do número anterior, constranger outra pessoa: a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos; é punido com pena de prisão de três a dez anos”.

¹⁴⁵ Leite, I. F., 2011.

¹⁴⁶ Parecer da APMJ, 2015.

¹⁴⁷ “Artigo A (Violação) 1 - Quem sem o consentimento livre e expresso de outra pessoa: a) Praticar com ela, ou levá-la a praticar com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou b) Proceder à introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos; é punido com pena de prisão de 5 a 12 anos”. “Artigo B (Coação Sexual) 1 - Quem sem o consentimento livre e expresso de outra pessoa praticar com ela, ou levá-la a praticar com outrem, um ato de natureza sexual é punido com uma pena de prisão de 3 a 8 anos”.

superior. Além disso, prevê várias circunstâncias agravantes da moldura penal do crime de coação sexual e de violação, por exemplo, a agravação de um terço em caso de atos sexuais praticados contra menor de 16 anos ou na presença de uma criança (art. C, n.º 1, g), h) do Parecer).¹⁴⁸

Outro aspeto a salientar neste parecer foi o aumento das molduras penais destes crimes, tendo como referência “a medida da pena prevista para o crime de homicídio simples, que se aplicou ao tipo qualificado do crime de violação e, em função dessa moldura, estruturaram-se as restantes medidas das penas”.¹⁴⁹

IV. Reflexos das alterações em relação a menores de 14 anos e a menores entre os 14 e os 18 anos

1. Abuso sexual de crianças

Como vimos, os menores de 14 anos¹⁵⁰ não têm capacidade para consentir livremente na prática de atos sexuais, constituindo crime os atos sexuais de relevo (art. 171º, n.º 1 e n.º 2 do CP) “consentidos”, praticados com menor¹⁵¹ de 14 anos¹⁵², bem como a importunação sexual, a atuação “por meio de conversa, escrito, espetáculo ou objeto pornográficos” e o aliciamento¹⁵³ de menor “a assistir a abusos sexuais ou a atividades sexuais” (art. 171º, n.º 3).

O art. 171º exige dolo, é um crime público e prevê uma moldura penal¹⁵⁴ distinta consoante os atos praticados. Os atos sexuais de relevo praticados com uma criança são punidos com pena de prisão de 1 a 8 anos (art. 171º, n.º 1); se os atos forem os previstos no n.º 2 deste art., a moldura será de 3 a 10 anos.

Caso se verifique algum meio típico de constrangimento, aplica-se, conforme os atos praticados, a moldura penal do n.º 1 do art. 163º ou a do n.º 1 do art. 164º do CP, agravada em razão da idade (art. 177º, n.º 7 do CP).

Contudo, com a alteração dos n.ºs 2 dos arts. 163º e 164º, que passaram a incluir o dissentimento e o consentimento constrangido, e ao manter-se a aplicação da agravação do art. 177º, n.º 7 a estes artigos, levanta-se o problema de saber como articular este novo n.º 2 com o art. 171.¹⁵⁵ ¹⁵⁶ Se um adulto praticar atos sexuais com um menor de 14 anos “que

¹⁴⁸ Vd. Cunha, 2016, p. 158.

¹⁴⁹ Parecer da APMJ, 2015.

¹⁵⁰ Sobre a elevação deste limite etário, vd. Cunha, 2017, pp. 371-372.

¹⁵¹ Vítima e agente podem ser de qualquer género.

¹⁵² Só nos iremos centrar no art. 171º, n.º 1 e n.º 2.

¹⁵³ O aliciamento de menor de 14 anos (al. c), do n.º 3 do art. 171º e a punibilidade da tentativa foram introduzidos com a Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto.

¹⁵⁴ Pode ser agravada por uma circunstância do art. 177º do CP, exceto em razão da idade (art. 177º, n.º 6 e n.º 7).

¹⁵⁵ Não iremos aprofundar esta questão por o nosso tema se centrar nos adolescentes.

¹⁵⁶ Identificando este problema e centrando a sua análise em menores de 14 anos, vd. Cunha, 2016, pp. 129-166 e Cunha, 2017, pp. 345-376.

dissentiu e/ou sofreu pressões ou ameaças (não graves)¹⁵⁷, aplica-se” o art. 171º (n.º 1 ou n.º 2) ou o n.º 2 dos arts. 163º ou 164º? Apesar de não ter capacidade para consentir, pode atribuir-se relevância ao seu dissentimento?^{158 159}

Desde logo, entendemos, tal como Conceição Cunha, que consentimento e dissentimento não são equiparáveis e não se atingem ao mesmo tempo¹⁶⁰, sendo mais facilmente compreensível e aceite que o menor “possa não querer determinado acontecimento na sua vida do que ter capacidade para, por si, incluir factos e condutas novas na sua experiência”.¹⁶¹

Tendo em conta o que nos foi explicado pela pedopsiquiatra Áurea de Ataíde¹⁶² e pela psicóloga estagiária Cláudia Cunha¹⁶³, entendemos que uma criança, pelo menos a partir dos 11 anos, em princípio, já consegue compreender o que não quer e até ter convicção disso. Em contrapartida, em determinadas circunstâncias, facilmente consegue ser induzida a “consentir” no que verdadeiramente não quer, porquanto para consentir livre e conscientemente são necessárias outras funções intelectuais e de controlo emocional, como a autodeterminação, a capacidade de julgamento, de análise de situações e de antever as consequências dos seus atos, bem como outro tipo de vivências que ainda não teve e que, na relação com um adulto, estarão sempre em desvantagem, fazendo sentido não se reconhecer esta capacidade até aos 14 anos.

Assim, a solução que faria mais sentido seria a de aplicar o n.º 2 dos arts. 163º ou 164º do CP, agravado em razão da idade (art. 177º, n.º 7), em caso de dissentimento da vítima ou de pressões ou ameaças não graves, ficando o art. 171º restrito aos casos em que o menor “consente” no relacionamento sexual.

Com a agravação de metade nos limites mínimo e máximo prevista no art. 177º, n.º 7, a moldura penal do art. 163º, n.º 2 (1 mês a 5 anos) passa a ser de 45 dias a 7 anos e 6 meses de pena de prisão (enquanto a do art. 171º, n.º 1 é de 1 a 8 anos), e a do art. 164º, n.º 2 (1 a 6 anos) passa a ser de 18 meses a 9 anos de pena de prisão (enquanto a do art. 171º, n.º 2 é de 3 a 10 anos).¹⁶⁴

Ou seja, esta solução conduziria a uma moldura penal inferior, nos casos de dissentimento do menor ou de ameaças não graves, comparativamente com a moldura penal do art. 171º, em que o menor “consente”.

¹⁵⁷ Exemplo de uma ameaça não grave pode ser a chantagem feita pelo agente de que se a menor não aceitar ter relações sexuais com ele, contará aos seus pais que tem namorado, ou que lhe dá um telemóvel, caso esta aceite praticar atos sexuais com ele.

¹⁵⁸ Cunha, 2017, p. 354.

¹⁵⁹ Esta questão já havia sido levantada no Parecer da APAV sobre as implicações legislativas da CI, 2014, p. 12.

¹⁶⁰ Sobre esta questão *vd.* Cunha, 2016, pp. 152-161.

¹⁶¹ Alfaiate, 2009, p. 91.

¹⁶² *Vd.* Entrevista no anexo I.

¹⁶³ *Vd.* Entrevista no anexo II.

¹⁶⁴ *Vd.* Tabela das molduras penais dos n.ºs 2 dos arts. 163º e 164º agravadas em razão da idade, comparadas com as do art. 171º no apêndice II.

Ora, isto não faz qualquer sentido. Se compararmos a moldura do art. 163º, n.º 1 (1 a 8 anos) e a do art. 164º, n.º 1 (3 a 10 anos) com a do art. 171º, n.º 1 (1 a 8 anos) e n.º 2 (3 a 10 anos), respetivamente, verificamos que, mesmo que consinta, “a pouca idade da vítima é equiparada (em termos de gravidade, de grau de ilicitude) ao uso de meios graves de constrangimento”,¹⁶⁵ o que se justifica pelo bem jurídico que se visa proteger.

Então, caso não consinta ou consinta mediante pressões ou ameaças não graves, a pouca idade da vítima deixa de ter relevância? Estes casos demonstram uma gravidade e grau de ilicitude menores?

Deve dar-se relevância ao dissentimento do menor para agravar a responsabilidade do agente, e não para a atenuar, devendo, por isso, considerar-se que há aqui o preenchimento dos dois tipos legais de crime (163º, n.º 2, ou 164º, n.º 2, agravado pelo 177º, n.º 7, e pelo 171º, n.º s 1 ou 2), mas que, por uma relação de concurso aparente (subsidiariedade implícita) se aplicará o art. 171º (que tem uma moldura mais gravosa).¹⁶⁶

Na determinação da medida concreta da pena deve ter-se em conta o dissentimento da vítima.

Esta é a solução que faz mais sentido, continuando a moldura penal (agravada, art. 177º, n.º 7) do n.º 1 dos arts. 163º e 164º¹⁶⁷ a manter-se superior à do art. 171º, n.º 1 e n.º 2.

2. Adolescentes

Os atos sexuais praticados com adolescentes, e que nos interessam analisar no âmbito deste trabalho, estão regulados nos arts. 172º e 173º do CP. Estes tipos legais de crime exigem dolo, sendo o primeiro um crime público e o segundo semipúblico, exceto “se dele resultar suicídio ou morte da vítima” (art. 178º, n.º 3 do CP).

Antes de mais, importa salientar que, apesar de estas vítimas já serem adolescentes, não deixam de ser crianças que precisam de uma especial proteção, tanto é que as relações sexuais por eles praticadas estão inseridas na secção II e, de acordo com o art. 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança, é-se criança até aos 18 anos. Mesmo já tendo alguma maturidade, como nos explicou Áurea de Ataíde¹⁶⁸, o que se tem vindo a observar é que os jovens, não obstante terem acesso a mais informação e até iniciarem a sua vida sexual mais cedo, têm revelado uma “grande imaturidade no estabelecimento de relações afetivas”, incluindo a sua vida sexual, e nem sempre conseguem recusar a prática de atos sexuais com

¹⁶⁵ Cunha, 2003, p. 204.

¹⁶⁶ Cunha, 2016, p. 156.

¹⁶⁷ Vd. Apêndice I.

¹⁶⁸ Vd. Entrevista no anexo I.

adultos. Não se pode esperar que um adolescente seja capaz de dizer “não” em todas e quaisquer situações.

Acrescentou ainda que, comparativamente com o abuso sexual de crianças, que é “muito mais repudiado social e familiarmente”, nestes crimes cometidos contra adolescentes existe uma grande passividade por parte da família, que, na dúvida¹⁶⁹, acaba por não os denunciar. Entende também que estas situações se tornam mais graves e complexas,

não só porque os jovens sentem que a família não acredita neles, ou que não tem capacidade para os proteger, como também porque o facto de não se “fazer justiça” deixa um rasto maior de mágoa e revolta, que culmina por vezes, mais tarde, em quadros psiquiátricos graves.

O consentimento prestado no âmbito de uma relação de dependência ou de abuso de in experiência não é livre. “O consentimento não pode, na verdade, resumir-se à ideia de que basta dizer ‘sim’ a uma relação sexual para que se encontrem preenchidos os seus pressupostos.”¹⁷⁰ Por esse motivo, entendemos que não só do dissentimento ou do consentimento constrangido advêm consequências psicológicas, como também, muito provavelmente, podem resultar do consentimento não livre.¹⁷¹

Como vimos *supra*, apesar de a Lei n.º 83/2015 ter alterado os n.ºs 2 dos arts. 163º e 164º do CP, passando a abranger o dissentimento e o consentimento constrangido, continuou a aplicar-se, a estes novos casos, a agravção de um terço da moldura penal, quando a vítima tiver menos de 16 anos (art. 177º, n.º 6).

Desta forma, como conjugar este novo n.º 2, dos arts. 163º e 164º do CP, com os arts. 172º e 173º do CP?¹⁷² Que reflexos terão estas alterações em relação a vítimas adolescentes?

2.1. Abuso sexual de menores dependentes

Apesar de os jovens terem capacidade para consentir em atos sexuais a partir dos 14 anos, se entre agente e vítima¹⁷³, menor entre os 14 e os 18 anos, houver uma “relação de confiança para educação ou assistência”¹⁷⁴, crime específico, os atos sexuais por eles praticados (previstos no art. 171º, n.º 1 e n.º 2, por remissão expressa do art. 172º)¹⁷⁵ são

¹⁶⁹ Quando a vítima for criança, deve partir-se do princípio que esta está a dizer a verdade. Este é um dos conselhos dados pela PJ, <https://www.policiajudiciaria.pt/violacao-abuso-sexual/>, e pela GNR http://www.gnr.pt/Cons_AbusoSexuais.aspx.

¹⁷⁰ Araújo, 2005, p. 380.

¹⁷¹ *Vd.* Resposta à pergunta 6 da entrevista no anexo I.

¹⁷² Problema levantado por Conceição Cunha, embora não desenvolvido, *vd.* Cunha, 2016, pp. 161-163 e Cunha, 2017, pp. 356-358.

¹⁷³ Agente e vítima podem ser de qualquer género.

¹⁷⁴ Lopes & Milheiro, 2015, p. 166.

¹⁷⁵ Sobre a ação típica poder consistir na prática destes atos com terceiro, *vd.* Albuquerque, 2015, pp. 689-690; contra, Antunes, 2012, p. 848.

criminalizados no art. 172º do CP.¹⁷⁶ Se a vítima tiver menos de 14 anos, aplica-se o art. 171º, cuja moldura pode ser agravada por uma circunstância do art. 177º do CP.

Existindo esta relação, presume-se que houve abuso, não necessitando de ser provado, e que interfere “sempre na (livre e harmoniosa) autodeterminação do menor”,¹⁷⁷ considerando-se, por isso, que o consentimento prestado pelo jovem nestes casos não é livre.¹⁷⁸

Entende-se que a existência desta relação leva à necessidade de se protegerem estes jovens, desde logo, por poder impedir a denúncia dos factos.¹⁷⁹ Na verdade, dificilmente um adolescente consegue recusar ter atos sexuais com alguém de quem é dependente, tornando-se mais vulnerável nestes casos em que o agente é conhecido ou com quem tenha uma relação afetiva prévia.¹⁸⁰ Se não houvesse esta relação, os atos sexuais não seriam criminalizados, exceto quando se verificasse o previsto no art. 173º do CP.¹⁸¹

O menor encontra-se nesta relação de dependência¹⁸², nomeadamente, com os progenitores no exercício das responsabilidades parentais (arts. 1878º, 1901º e 1911º do CC), com um dos progenitores ou com terceira pessoa ou com adotante, por decisão judicial (arts. 1903º, 1907º, 1915º e 1986º do CC), e com a pessoa a quem tenha sido confiado de facto para educação ou assistência.¹⁸³

Embora só nos centremos no n.º 1 do art. 172º do CP, na prática de atos sexuais de relevo, o abuso sexual de menores dependentes também pode consistir na prática de outros atos, como na importunação sexual de menor, na atuação sobre menor, “por meio de conversa, escrito, espetáculo ou objeto pornográficos” ou em aliciá-lo “a assistir a abusos ou atividades sexuais” (art. 171º, n.º 3 do CP, por remissão expressa do art. 172º, n.º 2).

No n.º 1 do art. 172º, “não há distinção sancionatória quando estão em causa actos sexuais de relevo qualificados e actos sexuais de relevo simples”¹⁸⁴, sendo puníveis pela mesma moldura penal, pena de prisão de 1 a 8 anos,¹⁸⁵ inferior à prevista no art. 171º, n.º 2 do CP.

¹⁷⁶ A Lei n.º 103/2015 veio alterar o art. 172º, n.º 3, agravando a moldura penal da pena de prisão e eliminando a pena de multa, e acrescentou um n.º 4 que passa a punir a tentativa.

¹⁷⁷ Cunha, 2003, p. 207.

¹⁷⁸ Neste sentido, Cunha, 2016, p. 161.

¹⁷⁹ Antunes, 2012, p. 846.

¹⁸⁰ Vd. Resposta à pergunta 3 da entrevista no anexo I.

¹⁸¹ Cunha, 2003, p. 207.

¹⁸² Não é unívoco quais as situações abrangidas por esta relação de dependência. A este propósito, vd. Cunha, 2003, p. 208; Antunes, 2012, pp. 848-849, e Albuquerque, 2015, p. 690.

¹⁸³ Antunes, 2012, pp. 848-849.

¹⁸⁴ Dias, M. C., 2011, p. 237.

¹⁸⁵ Esta moldura pode ser agravada por uma circunstância agravante prevista no art. 177 do CP, exceto em razão da idade (art. 177º, n.º 6 e n.º 7). Sobre a agravação prevista no n.º 1 do art. 177º, vd. Antunes, 2012, p. 850 e Cunha, 2003, pp. 209-210.

Assim, se houver esta relação de dependência, e a vítima (entre 14 e 18 anos) tiver consentido, ainda que não livremente, na prática de atos sexuais, não se verificando nenhum meio de constrangimento, aplica-se o art. 172º do CP.

Havendo violência ou ameaça grave, continuam a aplicar-se os arts. 163º, n.º 1 ou o 164º, n.º 1 do CP, agravado caso a vítima seja menor de 16 anos (art. 177º, n.º 6 do CP).

Se não existir esta relação de dependência entre agente e vítima, mas esta dissentir ou consentir devido a pressões ou ameaças não graves, aplica-se, consoante os atos praticados, o art. 163º, n.º 2 ou o art. 164º, n.º 2 do CP¹⁸⁶, agravado em razão da idade (art. 177º, n.º 6).

O problema coloca-se quando os pressupostos do art. 172º também se verificam. Levanta-se novamente a questão de saber se, em caso de dissentimento ou de “consentimento” não livre, se aplica o art. 163º, n.º 2 ou o art. 164º, n.º 2 do CP, agravado em razão da idade se for menor de 16 anos (art. 177º, n.º 6 do CP), ou o art. 172º do CP.

Se, além da relação de dependência, houver pressões ou ameaças não graves, ou o dissentimento do jovem, faria mais sentido aplicar-se os arts. 163º, n.º 2 ou o 164º, n.º 2, agravados de um terço se a vítima for menor de 16 anos (art. 177º, n.º 6). A moldura penal, prevista no primeiro artigo, de 1 mês a 5 anos de prisão, passaria com a agravação a ser de 40 dias a 6 anos e 8 meses de prisão. A moldura penal do art. 164º, n.º 2 (1 a 6 anos de prisão), passaria com a agravação a ser de 16 meses a 8 anos de prisão.¹⁸⁷

Contudo, tal como foi referido *supra*, a moldura penal não deve ser mais leve em caso de dissentimento ou de “consentimento” não livre do adolescente, comparativamente com os casos em que este “consente”. O impacto psicológico provavelmente será superior naqueles casos, deixando marcas profundas, sobretudo nestas idades em que o jovem já tem alguma maturidade, consciência das consequências dos seus atos e do que o rodeia, e vai adquirindo, paulatinamente, mais autonomia. De qualquer forma, a conduta do agente manifesta um maior desvalor em caso de dissentimento ou de “consentimento” não livre, “agravando a ilicitude e a culpa”.¹⁸⁸

No entanto, comparando as molduras penais dos arts. 163º, n.º 2 e 164º, n.º 2 com a do art. 172º, n.º 1 concluímos que, mesmo com a agravação do art. 177º, n.º 6, a moldura do art. 163º, n.º 2 (40 dias a 6 anos e 8 meses) é inferior à prevista no art. 172º, n.º 1 (pena de prisão de 1 a 8 anos¹⁸⁹). E a do art. 164º, n.º 2, com a agravação em razão da idade (art. 177º, n.º 6), é ligeiramente superior no limite mínimo e igual no limite máximo.¹⁹⁰ Ou seja, se aplicássemos a solução que (em abstrato, sem considerar as molduras penais) faria mais sentido, quando estivesse em causa a prática de atos sexuais de relevo (art. 163º), o

¹⁸⁶ A moldura penal do art. 163º, n.º 2 agravada de um terço (art. 177º, n.º 6), passará a ser de 40 dias a 6 anos e 8 meses. A moldura penal do art. 164º, n.º 2 agravada (art. 177º, n.º 6), passará a ser de 16 meses a 8 anos.

¹⁸⁷ *Vd. Cunha, 2016, pp. 161-162.*

¹⁸⁸ *Cunha, 2016, p. 153.*

¹⁸⁹ Não tendo em conta eventuais agravações do art. 177º.

¹⁹⁰ *Vd. Cunha, 2016, pp. 161-162.*

dissentimento ou o “consentimento” constrangido do jovem conduziria à aplicação de uma moldura penal mais leve, comparativamente com a aplicada quando o jovem “consentisse”, ainda que não livremente.¹⁹¹

Por isso, visto que se continua a aplicar a agravação do art. 177º, n.º 6 ao n.º 2 dos arts. 163º e 164º, e não se alterou o art. 172º, n.º 1, quando além da relação de dependência houver dissentimento ou pressões ou ameaças não graves, a solução deste problema¹⁹² passará por considerar que se preenchem os arts. 163º, n.º 2 ou 164º, n.º 2 do CP e o art. 172º, n.º 1 do CP, mas, por concurso aparente (subsidiariedade implícita), aplica-se o crime que tiver a moldura penal mais grave, isto é, o art. 164º, n.º 2¹⁹³ ou, quando tiverem sido praticados atos sexuais de relevo, o art. 172º, n.º 1^{194 195}. Neste caso, dentro da moldura penal do art. 172º, n.º 1, o dissentimento ou o consentimento não livre serão valorados na determinação da medida da pena, agravando-a.

Caso o jovem tenha mais de 16 anos, não se pode aplicar o art. 177º, n.º 6, o que levaria a que a moldura do art. 164º, n.º 2 fosse inferior à do art. 172º. No entanto, poderá aplicar-se a agravação de um terço do art. 177º, n.º 1, mantendo-se a aplicação do art. 164º, n.º 2 por ter a moldura penal mais elevada.

Esta solução também é a mais correta, uma vez que, caso se use meios típicos de constrangimento, a moldura penal dos arts. 163º, n.º 1 e 164º, n.º 1, agravada em razão da idade (art. 177º, n.º 6),^{196 197} continua a ser mais elevada do que a do art. 164º, n.º 2, agravada (art. 177º, n.º 6), e que a do art. 172º, n.º 1 (no caso de atos sexuais de relevo).

Eventualmente, poderíamos questionar como é que, existindo a dita relação e dissentimento do jovem, se pode aplicar o art. 172º, por ter a moldura penal mais elevada, naqueles casos em que se tenham praticado atos sexuais de relevo (art. 163º), quando aquele artigo se aplica, em regra, a casos em que tenha havido consentimento.

Apesar de se aplicar a casos de consentimento, o art. 172º apenas exige a relação de dependência e não o consentimento. Além disso, nem faria sentido que, nos casos em que há relação de dependência e dissentimento, a moldura penal fosse menor comparativamente com aqueles em que há relação de dependência e consentimento. Por isso, não nos parece que se tenha de excluir o dissentimento deste artigo, podendo coincidir dissentimento e relação de dependência.

¹⁹¹ *Vd.* Tabela das molduras penais dos n.ºs 2 dos arts. 163º e 164º agravadas em razão da idade, comparadas com as do art. 172º no apêndice III.

¹⁹² Embora a nosso ver devam ser feitas alterações, tal como sugerimos na conclusão.

¹⁹³ Exceto se se verificar uma circunstância do art. 177º, caso em que a moldura do art. 172º é agravada, sendo superior à do art. 164º, n.º 2.

¹⁹⁴ Neste sentido, Cunha, 2016, pp. 162-163.

¹⁹⁵ Em sentido contrário, entendendo que os arts. 163º, n.º 2 e 172º estão numa relação de concurso aparente (consunção), aplicando-se o primeiro, *vd.* Albuquerque, 2015, p. 691.

¹⁹⁶ Mesmo que tenha mais de 16 anos, não preenche o art. 177º, n.º 6, mas pode aplicar-se a agravação do art. 177º, n.º 1 do CP, continuando as molduras dos arts. 163º, n.º 1 e 164º, n.º 1 a ser mais elevadas.

¹⁹⁷ A moldura penal do art. 163º, n.º 1, com a agravação, passará a ser de 16 meses a 10 anos e 8 meses. A moldura do art. 164º, n.º 1, agravada, passará a ser de 4 anos a 13 anos e 4 meses. *Vd.* Apêndice I.

Ainda assim, levantamos outro problema: numa relação de dependência, não se verificarão sempre pressões ou ameaças não graves?

Embora possa haver casos em que se verifiquem ambas as situações (relação de dependência e constrangimento), o art. 172º, ao não exigir prova do abuso, mas apenas da relação de dependência, será aplicado mesmo não se provando o abuso ou o uso de meios de constrangimento.

Tal como o consentimento viciado, o dissentimento ou o consentimento constrangido (não livre) devem ser valorados. Com isto não queremos dizer que, quando haja uma relação de dependência, a moldura penal, que se aplica em caso de dissentimento ou de consentimento constrangido da vítima, tenha de ser necessariamente superior à moldura a aplicar caso a vítima consinta, ainda que não livremente. Entendemos é que não pode ser inferior, como aconteceria se aplicássemos o art. 163º, n.º 2.

Acreditamos que, aquando da alteração ao n.º 2 dos arts. 163º e 164º, o legislador não ponderou estas questões, nem tão pouco se deve ter apercebido das molduras penais a que se iria chegar. Isto também se deve ao facto de a secção I se aplicar a menores, o que, a nosso ver, deveria ser alterado.¹⁹⁸ Além disso, tal como vamos sugerir, caso se consigam provar as pressões ou ameaças não graves, estas deveriam ser consideradas nas relações de dependência e valoradas na medida concreta da pena, agravando-a.

2.2. Atos sexuais com adolescentes

Outra disposição relativa a adolescentes é o art. 173º do CP^{199 200}, que criminaliza a prática²⁰¹ de atos sexuais de relevo (heterossexuais ou homossexuais) com vítima na faixa etária dos 14 aos 16 anos, tendo o agente²⁰², maior de idade, abusado da sua inexperiência. Este tipo legal de crime prevê uma pena de prisão até 2 anos pela prática de atos sexuais de relevo (art. 173º, n.º 1), e até 3 anos quando estes atos sejam os mencionados no n.º 2 do art. 173º.

Não se pretende, com esta incriminação, punir “os abraços, os beijos, as carícias entre dois namorados, um com 18 anos feitos, outro com quase 16”.²⁰³ Este tipo legal de crime destina-se, e bem, a nosso ver, a punir apenas os atos sexuais praticados com jovem naquela faixa etária, por terem sido obtidos mediante aproveitamento da sua vulnerabilidade. Tanto é que se exige a maioridade do agente para “evitar a punição de comportamentos em que as

¹⁹⁸ O Parecer da APAV sobre as implicações legislativas da CI propunha que os meios típicos de constrangimento constassem “nos crimes de abuso sexual de crianças e de adolescentes”, distanciando-se “dos crimes contra a liberdade sexual e da sua tónica no consentimento”. Parecer, 2014, p. 13.

¹⁹⁹ A Lei n.º 103/2015 eliminou a possibilidade de punir com pena de multa e acrescentou a punição da tentativa.
²⁰⁰ Sobre a dignidade e necessidade penal deste art., *vd.* Pacheco, 2012, pp. 46-53; e Dias, J. F. & Antunes, 2012, p. 861.

²⁰¹ Os atos podem ser praticados com o agente ou este pode levar a que sejam praticados com terceiro.

²⁰² Agente e vítima podem ser do género feminino ou masculino.

²⁰³ Dias, J. F., & Antunes, 2012, p. 861.

idades de autor e ‘vítima’ sejam aproximadas”, por não se verificar, em princípio, um abuso de inexperiência nestes casos.²⁰⁴

Se compararmos com o preceito anterior, esta é a situação em que se protege menos²⁰⁵ o jovem, ao exigir-se o abuso de inexperiência, que tem de ser provado, pelo limite etário dos 16 anos²⁰⁶ e pela moldura penal ser demasiado leve,²⁰⁷ ainda que possa ser agravada por uma das circunstâncias previstas no art. 177º do CP (exceto em razão da idade, art. 177º, n.º 6 e n.º 7). Por isso, se houver uma relação de dependência entre o agente e a vítima, aplica-se o art. 172º do CP.

O art. 173º do CP aplica-se quando o jovem tenha consentido na prática de atos sexuais, embora não livremente, por ter sido obtido mediante abuso da sua inexperiência, interferindo negativamente “sobre o domínio da vontade e da livre decisão do adolescente”.²⁰⁸ O consentimento é fruto da

sedução exercida pelo adulto que explora e aproveita as fragilidades de alguém que, face à jovem idade, ainda não desenvolveu totalmente a sua personalidade e, por consequência, não domina inteiramente os meandros da sexualidade.²⁰⁹

Contrariamente ao que sucedia no preceito anterior, o dissentimento²¹⁰, bem como o uso de meios típicos de constrangimento (violência, ameaça grave...), não se coadunam com a factualidade típica do art. 173º. Assim, tais hipóteses não são compatíveis “com o abuso de inexperiência, pois este parece pressupor a cedência da vítima [um certo acordo] O abuso de inexperiência consiste, exatamente, em usar a vulnerabilidade/inexperiência da vítima para conseguir a sua adesão ao propósito do agente”.²¹¹

É necessário compreender que, apesar de serem adolescentes, continuam a ser crianças, devendo ser protegidas. A desconfiança que se tem para com estas vítimas é notória, ainda se duvidando como é que um jovem entre os 14 e os 16 anos, com acesso a informação e a receber escolarização normal, possa “cair em ‘artifícios’”.²¹²

Assim, os atos sexuais de relevo “consentidos”, praticados pelo jovem com abuso de inexperiência, sem o uso de meios de constrangimento, estão abrangidos no art. 173º.²¹³

As relações sexuais praticadas com o adolescente, sem abuso de inexperiência, mas obtidas mediante pressões, engenhos ou ameaças não graves, estão inseridas no art. 163º,

²⁰⁴ Cunha, 2003, p. 211.

²⁰⁵ Araújo, 2005, pp. 189-190.

²⁰⁶ Sobre a elevação deste limite etário, com a qual concordamos, *vd.* Pacheco, 2012, pp. 28-30.

²⁰⁷ Criticando a moldura penal, *vd.* Pacheco, 2016, p. 180.

²⁰⁸ Dias, M. C., 2006, p. 223.

²⁰⁹ Ac. do TRP, de 4-6-2014.

²¹⁰ Neste sentido, Ac. do TRP, de 4-6-2014.

²¹¹ Cunha, 2017, pp. 357-358.

²¹² Dias, M. C., 2006, p. 233.

²¹³ *Vd.* Cunha, 2016, p. 162.

n.º 2 ou no art. 164º, n.º 2 do CP, consoante os atos praticados, aplicando-se a agravante do art. 177º, n.º 6 do CP.²¹⁴

Caso se verifique o uso de violência ou de ameaça grave, ou de outro meio típico de constrangimento, aplica-se, consoante os atos praticados, o art. 163º, n.º 1 ou o art. 164º, n.º 1 do CP, agravados em razão da idade (art. 177º, n.º 6).

As alterações introduzidas ao n.º 2 dos arts. 163º e 164º do CP também se vieram a refletir no art. 173º do CP. Mais uma vez, interrogamo-nos qual o art. a aplicar em caso de dissentimento ou de pressões ou ameaças não graves: o n.º 2 dos arts. 163º ou 164º do CP (com a agravação do art. 177º, n.º 6 do CP) ou o art. 173º do CP?

Como vimos, em caso de dissentimento, não se aplica o art. 173º, mas sim o n.º 2 dos arts. 163º ou 164º, agravado de um terço (art. 177º, n.º 6). A moldura penal do art. 163º, n.º 2, agravada, passaria a ser de 40 dias a 6 anos e 8 meses, sendo superior à do art. 173º, n.º 1 (pena de prisão de 1 mês a 2 anos), e a do art. 164º, n.º 2, com a agravação, passaria a ser de 16 meses a 8 anos, novamente superior à do n.º 2 do art. 173º (pena de prisão de 1 mês a 3 anos),²¹⁵ não se levantando a este propósito problemas.

As dificuldades surgem quando conjugamos abuso de inexperiência com consentimento constrangido.

Desta forma, o relacionamento sexual com adolescente, obtido mediante pressões ou ameaças não graves e com abuso de inexperiência, preenche os arts. 163º, n.º 2 ou 164º, n.º 2, agravados em razão da idade (art. 177º, n.º 6), e o art. 173º. Uma vez que estes artigos estão numa relação de concurso aparente (subsidiariedade implícita), aplica-se o crime com a moldura mais grave, ou seja, o art. 163º, n.º 2²¹⁶ ou o art. 164º, n.º 2 do CP, agravados consoante os atos praticados.

Esta solução não levanta problemas ao nível das molduras penais, parecendo-nos a mais correta, indo ao encontro do que temos vindo a defender: aos casos de dissentimento ou de consentimento constrangido não se deve aplicar uma moldura penal mais leve comparativamente com a dos atos sexuais consentidos, embora não livremente, por se ter abusado da inexperiência da vítima.²¹⁷

Além disso, esta solução também é a mais correta pois conduz novamente a que, nas situações em que usem os meios típicos de constrangimento, a moldura penal dos arts. 163º, n.º 1 e 164º, n.º 1 do CP, agravada em razão da idade (art. 177º, n.º 6 do CP)²¹⁸, seja superior

²¹⁴ Neste sentido, Cunha, 2016, p. 162.

²¹⁵ *Vd.* Tabela das molduras penais dos n.ºs 2 dos arts. 163º e 164º agravadas em razão da idade, comparadas com as do art. 173º no apêndice IV.

²¹⁶ Entendendo que o art. 163º, n.º 2 (agravado em razão da idade) e o art. 173º estão numa relação de concurso aparente (consunção), aplicando-se o primeiro, *vd.* Albuquerque, 2015, p. 694.

²¹⁷ Cunha, 2016, p. 162.

²¹⁸ A moldura penal do art. 163º, n.º 1, agravada em razão da idade, passa a ser de 16 meses a 10 anos e 8 meses, e a do art. 164º, n.º 1 passa a ser de 4 anos a 13 anos e 4 meses. *Vd.* Apêndice I.

à moldura aplicada aos casos de dissentimento ou de “consentimento” não livre, isto é, à dos arts. 163º, n.º 2 e 164º, n.º 2 do CP, também agravada.

Contudo, como questiona, e bem, Conceição Cunha, como é que na prática se consegue distinguir pressões ou ameaças não graves de abuso de inexperiência, por forma a saber se apenas um ou ambos os fatores se encontram preenchidos?²¹⁹ Isso será decisivo na escolha do art. a aplicar e, conseqüentemente, da moldura penal a aplicar.

Definir abuso de inexperiência revelou-se uma tarefa difícil, gerando discussão na doutrina e na jurisprudência.²²⁰ Havia quem identificasse esta inexperiência com falta de experiência sexual, o que levaria a considerar-se a virgindade como o bem jurídico tutelado e não a autodeterminação sexual.²²¹

Seguindo a opinião defendida por Beatriz Pacheco, a inexperiência,²²² em sentido global, prende-se com a vulnerabilidade, a fragilidade e a incapacidade de reação da vítima, devendo para tal atender-se às circunstâncias do caso e a fatores como o tipo de relação, a diferença de idade²²³, de força física e psíquica, o local da prática do facto e a situação familiar, económica e sociocultural da vítima.²²⁴

Todavia, se virmos bem, abuso de inexperiência e constrangimento relacionam-se, uma vez que, por regra, o jovem cede às pressões e ameaças não graves do agente precisamente por ser vulnerável. Assim, e se atendermos aos fatores a ter em conta para aferir da vulnerabilidade do jovem, “o abuso de inexperiência não pressuporá sempre algum grau de constrangimento/pressão?”²²⁵

Maria Dias entende “que o abuso de inexperiência não tem subjacente qualquer ideia de constrangimento ou de pressão, antes significando o aproveitamento de um estado em que se encontra a vítima”.²²⁶ Neste sentido, o abuso de inexperiência distinguir-se-ia do consentimento constrangido por, no primeiro caso, o agente apenas colaborar no processo de decisão, facilitando a formação da vontade da vítima, ao passo que, no segundo, a vontade do jovem é determinada pelo agente, privando-o da possibilidade de decidir autonomamente.²²⁷

Concordamos com a Autora. De facto, teoricamente, abuso de inexperiência não pressupõe constrangimento e, dessa forma, este ponto de vista auxilia na distinção das duas situações. No entanto, além de se poderem manter dúvidas na sua distinção, entendemos

²¹⁹ Cunha, 2017, p. 357.

²²⁰ Devido ao limite de caracteres não podemos aprofundar esta questão. Sobre este conceito *vd.* Pacheco, 2012, pp. 34-46.

²²¹ Ventura, 2018, p. 250.

²²² *Vd.* Ac. do TRP, de 22-11-2017.

²²³ Entende-se que será abusivo se, por exemplo, houver uma diferença de idades superior a 5 ou 6 anos. *Vd.* Alfaiate, 2009, p. 137, e Araújo, 2005, p. 405.

²²⁴ Pacheco, 2016, pp. 177-178.

²²⁵ Cunha, 2017, p. 357.

²²⁶ Dias, M. C., 2006, p. 257.

²²⁷ Dias, M. C., 2006, p. 257.

que na prática serão esporádicos (embora possam existir) os casos em que apenas se verifique abuso de inexperiência ou constrangimento.

Se seguirmos esta linha de pensamento e entendermos que existem sempre pressões ou ameaças não graves quando se abuse da inexperiência da vítima, então aplicar-se-ia, nesses casos, como já foi referido, o crime com a moldura penal superior, isto é, ou o art. 163º, n.º 2 ou o art. 164º, n.º 2 do CP, agravados. Por isso, questionamos: deixará o art. 173º do CP de ter aplicabilidade?

Esta questão pode ser parcialmente ultrapassada se tivermos presente que, apesar de em regra no abuso de inexperiência se verificarem pressões ou ameaças não graves, se interpretarmos aquele conceito num sentido global, de vulnerabilidade, atendendo aos fatores já referidos, haverá certas situações em que se conseguirá provar o abuso e será difícil provar o constrangimento²²⁸, continuando o art. 173º do CP a ter aplicabilidade.

Não obstante estas alterações ao n.º 2 dos arts. 163º e 164º, que passaram a incluir o consentimento constrangido, terem levantado problemas na sua conjugação com o art. em análise, entendemos que poderão ser uma mais-valia na proteção dos adolescentes, ao permitirem contornar o discutido limite etário máximo dos 16 anos. Isto porque, se, em regra, abuso de inexperiência e consentimento constrangido coincidem, então os atos sexuais praticados com o jovem maior de 16 anos²²⁹, desde que se consiga provar o constrangimento, já poderão ser criminalmente puníveis, situação que de outra maneira ficaria impune.

A sugestão que fizemos para o art. 172º, e que apresentaremos no ponto seguinte, também vale para o art. 173º do CP. Ou seja, apesar de abuso de inexperiência e consentimento constrangido poderem coincidir, podem não se conseguir provar as pressões ou ameaças não graves; no entanto, entendemos que caso se consigam provar, devem ser valoradas na medida concreta da pena, agravando-a.

3. Proposta de alteração legislativa

Alguns destes problemas seriam evitados se fossem feitas alterações legislativas. Desde logo, no sentido de separar a secção I da secção II, aplicando-se a primeira apenas a vítimas maiores de idade, e a segunda a menores de 18 anos.

Quando o agente recorre a violência ou a ameaças graves para constranger a vítima a praticar atos sexuais consigo ou com outrem, parece-nos defensável que se mantenha a consideração autónoma desta situação de gravidade superior, correspondendo a uma moldura penal também superior.

²²⁸ Por exemplo, quando as pressões ou ameaças não graves são tácitas, poderão levantar-se problemas de prova.

²²⁹ Ou mesmo que tenha entre 14 e 16 anos e se entenda que não há abuso de inexperiência.

Neste sentido, propomos que se acrescente aos arts. 171º e 172º um n.º que preveja uma moldura penal mais grave quando se tenha usado meios típicos de constrangimento (violência, ameaça grave...), e se passe a valorar o dissentimento e a ausência de consentimento livre na determinação da medida concreta da pena, agravando-a.

Em relação ao art. 173º, se se verificar o abuso de inexperiência, e caso se consiga provar o uso de “pressões ou ameaças não graves”, sugerimos que seja valorado na determinação da medida concreta da pena.

A ausência de consentimento livre deve ser valorada na determinação da medida da pena, ao invés de integrar um novo n.º, pois apesar de ser difícil distinguir esta circunstância da existência de abuso de inexperiência e da *ratio* do art. 172º, parece-nos possível a sua coexistência. Assim, se se conseguir provar que esta circunstância acresce à relação de dependência ou ao abuso de inexperiência, então faz todo o sentido que seja valorada, agravando a pena.

Além disso, ao proceder-se a esta separação, como os arts. 163º e 164º deixariam de se poder aplicar a menores, seria necessário criar-se um novo tipo legal de crime para os jovens entre os 14 e os 18 anos que criminalizasse os casos em que se tivesse usado de violência, ameaça grave ou se colocado a vítima inconsciente ou na impossibilidade de resistir, bem como aqueles em que o jovem tivesse dissentido ou “consentido” mediante pressões, ameaças não graves ou indução em erro. Isto porque os arts. 163º e 164º do CP, como integram a secção I, deixariam de se poder aplicar a menores, sendo necessária uma disposição legal que previsse as situações em que se usassem meios típicos de constrangimento e os casos em que o adolescente dissentisse ou consentisse mediante engenhos ou constrangimentos. O que se compreende, dado que nem sempre os meios típicos de constrangimento, ou o dissentimento ou o consentimento constrangido, coincidem com a existência de relações de dependência. Mas também porque pode verificar-se abuso de inexperiência e não se verificar o consentimento constrangido, quando muito por falta de prova, e porque dissentimento e o uso de meios típicos de constrangimento não se conjugam com abuso de inexperiência.

Assim, seria possível contornar as dificuldades de distinção entre abuso de inexperiência (ou relação de dependência) e consentimento constrangido, ultrapassando-se os problemas que foram levantados e garantindo-se uma maior proteção às crianças e jovens vítimas destes crimes.

Conclusão

Depois de desenvolvermos o tema, de expormos os problemas e de os tentarmos solucionar, apresentaremos as principais conclusões a que chegámos.

Desde a reforma do CP de 1995, os crimes sexuais passaram a ser crimes contra as pessoas, cujo bem jurídico a tutelar é a liberdade e a autodeterminação sexual, constando do Capítulo V do CP, que se subdivide na secção I – crimes contra a liberdade sexual, e na secção II – crimes contra a autodeterminação sexual.

Enquanto a primeira secção se aplica a todas as pessoas, na secção II a vítima é uma criança ou um adolescente, estando o bem jurídico ligado a um outro, o do livre desenvolvimento da personalidade do menor, sobretudo na esfera sexual.

Até aos 14 anos, presume-se, *iuris et de iure*, que o menor não tem capacidade para consentir na prática de atos sexuais (art. 171º do CP). Os adolescentes já poderão consentir livremente, exceto quando os atos sexuais forem praticados no âmbito de uma relação de dependência, tendo a vítima entre 14 e 18 anos (art. 172º do CP), ou com abuso de inexperiência, tendo o jovem entre 14 e 16 anos (art. 173º do CP).

Os conceitos de violência e de ameaça grave dos crimes de coação sexual (art. 163º, n.º 1 do CP) e de violação (art. 164º, n.º 1 do CP) geraram inúmeras discussões, questionando-se, nomeadamente, se o dissentimento integrava, ou não, o primeiro conceito. Surgiram perspetivas diferentes e, conseqüentemente, decisões judiciais díspares.

Com a ratificação da CI, foi necessário proceder-se a alterações legislativas, tendo-se alterado os arts. 163º, n.º 2 e 164º, n.º 2 do CP, que passaram a incluir, ainda que não expressamente, o dissentimento e o consentimento constrangido, isto é, aquelas situações em que a vítima não consente livremente, por ter sido impelida a praticar atos sexuais mediante meios que não atinjam o patamar de violência ou de ameaça grave. Os arts. 163º, n.º 2 e 164º, n.º 2 continuam a aplicar-se quando as vítimas são menores, mantendo-se a agravção em razão da idade prevista no art. 177º, n.º 6 e n.º 7 do CP.

Entendemos que a redação dada aos então alterados n.ºs 2 deveria ter sido outra, por forma a não restarem dúvidas, referindo, expressamente, à semelhança do que sucede no art. 36º da CI, que os mesmos abrangem a ausência de consentimento livre. De qualquer forma, parece-nos que isso não será impeditivo de abranger essas situações nos novos n.ºs 2, de acordo com uma interpretação que cabe na letra da lei e está em sintonia com a nossa Constituição e com a CI.

Se, por um lado, a CI e as alterações legislativas que se introduziram nos arts. 163º e 164º constituíram um marco importante e necessário nos crimes sexuais, por outro, não se teve em conta as dificuldades que daí adviriam quando as vítimas fossem crianças e adolescentes.

Estas alterações trouxeram problemas quando a vítima é uma criança com menos de 14 anos, pois, concordando que se deve atribuir relevância ao seu dissentimento, nestes casos, bem como naqueles em que a criança “consente” mediante pressões ou ameaças não graves, deverá aplicar-se o art. 171º do CP (ao invés do n.º 2 dos arts. 163º ou 164º, agravado em razão da idade), por ter a moldura penal mais elevada, valorando-se o dissentimento na medida concreta da pena.

As alterações também levantaram problemas no caso de vítimas adolescentes, nomeadamente a questão de saber que norma aplicar aos casos de dissentimento ou de consentimento constrangido do jovem: o n.º 2 dos arts. 163º ou 164º do CP, ou o art. 172º ou 173º do CP?

Quando abuso de inexperiência (art. 173º, cujo limite etário deveria elevar-se para os 18 anos) e consentimento constrangido coincidirem, aplica-se o art. 163º, n.º 2 ou o art. 164º, n.º 2, agravado em razão da idade (art. 177º, n.º 6), por ter a moldura penal mais elevada.

O mesmo acontece quando esteja em causa o crime de abuso sexual de menores dependentes (art. 172º do CP), em que além da relação de dependência, a vítima dissentiu ou consentiu devido a pressões ou ameaças não graves, aplicando-se o art. 164º, n.º 2, agravado quando a vítima tenha menos de 16 anos (art. 177º, n.º 6). Quando estejam em causa atos sexuais de relevo, como a moldura penal do art. 163º, n.º 2 agravada (art. 177º, n.º 6) é inferior à do art. 172º, por uma relação de concurso aparente (subsidiariedade implícita), aplica-se este último.

Entendemos que dissentimento e consentimento constrangido devem ser valorados para agravar a responsabilidade do agente. As consequências que advêm, para o adolescente, de comportamentos sexuais que não foram por ele “consentidos”, ou que o foram mediante constrangimentos, são devastadoras e é necessário que isso se reflita nas molduras penais para se poder punir de forma eficaz, acabando com esta tragédia que compromete o desenvolvimento destes jovens.

Todavia, apesar de, na prática, poder ser difícil distinguir abuso de inexperiência, ou relação de dependência, de consentimento constrangido, faz todo o sentido manter a criminalização dos relacionamentos sexuais praticados naquelas situações, pois, não se conseguindo provar o constrangimento, sempre se poderá punir em razão da relação ou do abuso, situações mais fáceis de provar.

O que nos leva a concluir que estes problemas poderiam ter sido evitados se tivessem sido feitas alterações legislativas no sentido de separar a secção I da secção II, aplicando-se a primeira apenas a vítimas maiores de idade, e a segunda a menores de 18 anos.

Relativamente aos arts. 171º e 172º, o dissentimento e o consentimento constrangido da criança seriam valorados na determinação da medida concreta da pena e acrescentar-se-

ia a estes arts. um n.º que prevísse uma moldura penal mais grave para os casos em que se usasse violência ou ameaça grave.

Quando estiver em causa o art. 173º, e se se conseguir provar o uso de “pressões ou ameaças não graves”, somos da opinião que esta situação seja valorada na determinação da medida da pena.

A par disso, teria de existir um novo tipo legal de crime para os jovens entre os 14 e os 18 anos que se destinasse a punir aqueles casos envolvendo meios típicos de constrangimento, bem como aqueles em que o jovem não consentiu livremente, sem estar em causa uma relação de dependência ou abuso de inexperiência. Caso contrário, estas situações ficariam sem previsão legal.

Terminamos esta dissertação com a esperança que estes problemas, que inevitavelmente se irão levantar, sejam discutidos e resolvidos, desejando que não o sejam à custa da proteção dos jovens.

Apêndice I

As molduras penais do n.º 1 dos arts. 163º e 164º do CP agravadas em razão da idade

Artigo	Moldura Penal	Agravação	Moldura Agravada
163º, n.º 1	Pena de prisão: 1 a 8 anos	Art. 177º, n.º 6: agravação de um terço; menor de 16 anos. Art. 177º, n.º 7: agravação de metade; menor de 14 anos.	Pena de prisão: 16 meses a 10 anos e 8 meses. Pena de prisão: 18 meses a 12 anos.
164º, n.º 1	Pena de prisão: 3 a 10 anos	Art. 177º, n.º 6: agravação de um terço; menor de 16 anos. Art. 177º, n.º 7: agravação de metade; menor de 14 anos.	Pena de prisão: 4 anos a 13 anos e 4 meses. Pena de prisão: 4 anos e 6 meses a 15 anos.

Apêndice II

As molduras penais dos n.ºs 2 dos arts. 163º e 164º do CP, agravadas em razão da idade, comparadas com a do art. 171º do CP

Artigo	Moldura Penal	Agravação	Moldura Agravada	Comparação
163º, n.º 2	Pena de prisão: 1 mês a 5 anos	Art. 177º, n.º 7: agravamento de metade; menor de 14 anos.	Pena de prisão: 45 dias a 7 anos e 6 meses.	Art. 171º, n.º 1: 1 a 8 anos de pena de prisão. ↓ Moldura penal superior
164º, n.º 2	Pena de prisão: 1 a 6 anos	Art. 177º, n.º 7: agravamento de metade; menor de 14 anos.	Pena de prisão: 18 meses a 9 anos.	Art. 171º, n.º 2: 3 a 10 anos de pena de prisão. ↓ Moldura penal superior

Apêndice III

As molduras penais dos n.ºs 2 dos arts. 163º e 164º do CP, agravadas em razão da idade, comparadas com a do art. 172º do CP

Artigo	Moldura Penal	Agravação	Moldura Agravada	Comparação
163º, n.º 2	Pena de prisão: 1 mês a 5 anos	Art. 177º, n.º 6: agravação de um terço; menor de 16 anos.	Pena de prisão: 40 dias a 6 anos e 8 meses.	Art. 172º, n.º 1: 1 a 8 anos de pena de prisão. ↓ Moldura penal superior
164º, n.º 2	Pena de prisão: 1 a 6 anos	Art. 177º, n.º 6: agravação de um terço; menor de 16 anos.	Pena de prisão: 16 meses a 8 anos.	Art. 172º, n.º 1: 1 a 8 anos de pena de prisão. → Art. 164º, n.º 2 agravado: limite mínimo superior; limite máximo igual.

Apêndice IV

As molduras penais dos n.ºs 2 dos arts. 163º e 164º do CP, agravadas em razão da idade, comparadas com a do art. 173º do CP

Artigo	Moldura Penal	Agravação	Moldura Agravada	Comparação
163º, n.º 2	Pena de prisão: 1 mês a 5 anos	Art. 177º, n.º 6: agravamento de um terço; menor de 16 anos.	Pena de prisão: 40 dias a 6 anos e 8 meses.	Art. 173º, n.º 1: 1 mês a 2 anos de pena de prisão. → Art. 163º, n.º 2 agravado: moldura penal superior
164º, n.º 2	Pena de prisão: 1 a 6 anos	Art. 177º, n.º 6: agravamento de um terço; menor de 16 anos.	Pena de prisão: 16 meses a 8 anos.	Art. 173º, n.º 2: 1 mês a 3 anos de pena de prisão. → Art. 164º, n.º 2 agravado: moldura penal superior

Anexo I

Entrevista feita à Dra. Áurea de Ataíde, especialista em Psiquiatria da Infância e Adolescência, a 15 de abril de 2018

Pergunta 1: Do ponto de vista legal, os menores de 14 anos não têm capacidade para consentir validamente na prática de atos sexuais com adultos. No entanto, não se deverá atribuir capacidade à criança para dizer que não quer ter relações sexuais? Uma criança não adquirirá primeiro a capacidade de compreender o que não quer do que o que quer?

Resposta: A capacidade para consentir ou não na prática de atos sexuais com adultos é uma dimensão distinta da capacidade de compreender o que se quer ou não quer aos 14 anos. Em primeiro lugar, numa temos a palavra “consentir” e na outra usamos o termo “compreender”, isto é, a criança com essa idade, pode já compreender o que não quer e ter até convicção disso, mas, em determinadas circunstâncias, perderá muito facilmente a capacidade para “consentir”, pois para esta necessita de outras funções intelectuais e de outro tipo de vivências que ainda não teve. Por exemplo, a autoconfiança, a autodeterminação, a capacidade de julgamento e análise das situações e a capacidade de antever e prever as consequências das suas ações. Dito de outro modo, a criança muito facilmente pode ser induzida a consentir o que verdadeiramente não quer.

Pergunta 2: Pela sua experiência profissional, acha que o abuso sexual de uma criança é visto da mesma maneira que o abuso sexual de um adolescente (jovem entre os 14 e os 18 anos)? Haverá uma maior desconfiança ou uma maior despreocupação nestes casos quando a vítima é um adolescente comparativamente com os casos em que a vítima é uma criança?

Resposta: De uma maneira geral podemos dizer que o abuso sexual de uma criança mais jovem é sempre muito mais repudiado social e familiarmente. Se a vítima é um adolescente não creio que exista despreocupação, mas existem sempre mais dúvidas e, frequentemente, existe uma enorme inércia por parte da família, que acaba por não denunciar a situação. Estas situações agravam-se não só porque os jovens sentem que a família não acredita neles, ou que não tem capacidade para os proteger, como também porque o facto de não se “fazer justiça” deixa um rasto maior de mágoa e revolta, que culmina, por vezes, mais tarde, em quadros psiquiátricos graves.

Pergunta 3: Acha que um adolescente tem maturidade para recusar a prática de atos sexuais com alguém, sempre que não queira, nomeadamente quando praticadas com um familiar?

Resposta: Essa “maturidade” depende muito da idade, do estrato socioeconómico, do estado psicológico, do contexto familiar do jovem... Poderá haver adolescentes mais maduros, com alguma capacidade para recusar, mas de um modo geral eu diria que essa capacidade está muito reduzida ou é inexistente pela condição do adolescente, que se torna vulnerável perante a coação de um adulto, principalmente se conhecido ou com quem tenha uma relação afetiva prévia.

Pergunta 4: Apesar de os jovens hoje em dia terem acesso a qualquer tipo de informação implica que sejam mais maduros, nomeadamente a nível sexual?

Resposta: Não é isso que se verifica na prática clínica. Muito frequentemente se observam jovens que revelam grande imaturidade no estabelecimento de relações afetivas e que são igualmente imaturos no âmbito da sua vida sexual, mesmo que possam iniciar atividade sexual relativamente cedo.

Pergunta 5: Mesmo que não haja violência no ato sexual, se um adolescente ou uma criança, apesar de não quererem, aceitarem ter relações sexuais com um adulto, acha que daí podem advir consequências psicológicas para estas vítimas?

Resposta: Advêm sempre consequências psicológicas para estas vítimas! Frequentemente graves e indelévels, requerem abordagens pedopsiquiátricas e psicológicas de longa duração.

Pergunta 6: O impacto psicológico que advém para a criança ou para o adolescente de um relacionamento sexual praticado com um adulto será o mesmo quer estas consintam, quer estas não consintam na sua prática? As consequências psicológicas não serão maiores quando estas vítimas não consentem na prática de atos sexuais do que quando consentem?

Resposta: Não creio que se possa estabelecer esse tipo de relação. O não consentimento pode ser vivido com maior revolta e zanga, mas quando a vítima consente ou tem uma atitude mais passiva, fica um rasto de culpabilidade que pode ser mais deletério e ter consequências mais nefastas do ponto de vista da sua saúde mental.

Anexo II

Entrevista feita à Dra. Cláudia Cunha, Psicóloga estagiária, a 10 de abril de 2018

Pergunta 1: Do ponto de vista legal, os menores de 14 anos não têm capacidade para consentir validamente na prática de atos sexuais com adultos. No entanto, não se deverá atribuir capacidade à criança para dizer que não quer ter relações sexuais? Uma criança não adquirirá primeiro a capacidade de compreender o que não quer do que o que quer?

Resposta: O ritmo da passagem pela puberdade apresenta variações sexuais: as raparigas, em média, começam a evidenciar mudanças pubertárias entre os 8 e os 10 anos e os rapazes por volta dos 12 anos. Começam a surgir as primeiras experiências sexuais, as fantasias, as atrações, o desejo de afirmar o seu “eu” e um desejo de ser igual aos outros. Acompanhando essas mudanças, essas experiências, também existe a capacidade para a criança expressar os seus desejos e para os compreender, nomeadamente a capacidade de dizer que não quer ter relações sexuais, porque é o que sente e entende. A partir dos 11/12 anos, a criança consegue libertar-se do concreto para criar hipóteses e raciocinar sobre o que é abstrato para ela sem ter necessidade de se apoiar em manipulações, como acontecia no estágio precedente (até aos 10 anos), obtendo aí, primeiramente, a capacidade para avaliar e expressar o que quer ou não quer.

Pergunta 2: Acha que um adolescente tem maturidade para recusar a prática de atos sexuais com alguém, sempre que não queira, nomeadamente quando praticadas com um familiar?

Resposta: A família, primeiramente, seguida das relações com os pares, tendo sido ou não as figuras de vinculação (pessoas que sempre acompanharam o crescimento da criança/adolescente), será sempre o porto de abrigo do adolescente. Mesmo quando se voltam para os pares, para obter companheirismo e intimidade, voltam-se para essa(s) figura(s) à procura de uma “base segura” a partir da qual podem tentar a sua libertação. É nesse seio familiar que por vezes existem “distúrbios”, por parte dessas figuras, capazes de abusar da confiança e sentimentos dos adolescentes.

Pergunta 3: O impacto psicológico que advém para a criança ou para o adolescente de um relacionamento sexual praticado com um adulto será o mesmo quer estas consintam, quer estas não consintam na sua prática? As consequências psicológicas não serão maiores quando estas vítimas não consentem na prática de atos sexuais do que quando consentem?

Resposta: Tendo em conta as ligações da sexualidade às outras dimensões da identidade pessoal e das relações interpessoais e a sua mediatização social, a educação sexual integra um vasto conjunto de outras áreas de aprendizagem, tais como os valores e os afetos, as questões de género, a estrutura de personalidade, ou as competências dos indivíduos para lidarem com a intimidade. Porém, uma criança ou um adolescente não tem “bagagem emocional” suficiente para lidar com um relacionamento sexual praticado com um adulto, pois este já tem as suas experiências, vivências e controlo emocional. Nesse seguimento, os efeitos psicológicos podem ser nefastos, tanto a nível de desenvolvimento emocional, como de comportamento. Efeitos esses que se agravam quando o indivíduo tem um relacionamento sexual não consentido. As crianças ou os adolescentes podem desenvolver uma síndrome ou padrão comportamentais ou psicológicos clinicamente significativos associados a esse acontecimento particular.

Bibliografia

AGULHAS, R. (2018). Fui abusado sexualmente...por uma mulher. *Observador*. Retirado de <https://observador.pt/opiniaio/fui-abusado-sexualmente-por-uma-mulher/>.

ALBUQUERQUE, P. P. (2015). Anotação ao art. 163º. In *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, pp. 643-653. 3.^a Edição atualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora.

ALBUQUERQUE, P. P. (2015). Anotação ao art. 172º. In *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, pp. 689-691. 3.^a Edição atualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora.

ALBUQUERQUE, P. P. (2015). Anotação ao art. 173º. In *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, pp. 691-695. 3.^a Edição atualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora.

ALFAIATE, A. R. (2009). *A relevância penal da sexualidade dos menores*. Coimbra: Coimbra Editora.

ALVES, S. M. R. (1995). *Crimes sexuais. Notas e comentários aos artigos 163º a 179º do Código Penal*. Coimbra: Almedina.

ANDRADE, M. C. (2004). *Consentimento e acordo em direito penal (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*. Coimbra: Coimbra Editora.

ANTUNES, M. J. (2012). Comentário ao art. 172º, pp. 846-851. In *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte Especial*. Coimbra: Coimbra Editora.

ARAÚJO, A. (2005). *Crimes sexuais contra menores: entre o direito penal e a constituição*. Coimbra: Coimbra Editora.

BELEZA, T. P. (1996). Sem sombra de pecado. O repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal. *Jornadas de Direito Criminal: Revisão do Código Penal*, pp. 157-183.

BELEZA, T. P. (2016). Consent – It's as simple as tea: Notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação. In *Combate à Violência de Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, pp. 15-26. Porto: Universidade Católica Editora.

CARMO, R., Alberto, I., & Guerra, P. (2006). *O Abuso sexual de menores: Uma conversa sobre justiça entre o direito e a psicologia*. Coimbra: Almedina.

CARVALHO, A. T. (2012). Comentário ao art. 153º. In *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte Especial*, pp. 550-567. Coimbra: Coimbra Editora.

CUNHA, M. C. F. (2002). Breve reflexão acerca do tratamento jurídico-penal do incesto. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 12, n.º 3, pp. 343-370.

CUNHA, M. C. F. (2003). Crimes sexuais contra crianças e jovens. In *Cuidar da justiça de crianças e jovens – A função dos juízes sociais. Actas do Encontro*, pp. 189-227. Coimbra: Almedina.

CUNHA, M. C. F. (2011). Conceito de violência no crime de violação. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13/4/2011. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 21, pp. 441-479.

CUNHA, M. C. F. (2016). Do dissentimento à falta de capacidade para consentir. In *Combate à violência de género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, pp. 129-166. Porto: Universidade Católica Editora.

CUNHA, M. C. F. (2017). Crimes sexuais contra crianças e adolescentes. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 3, n.º 3, pp. 345-376.

DIAS, J. F. (1976). Lei criminal e controlo da criminalidade. O processo legal-social de criminalização e de descriminalização. *Revista da Ordem dos Advogados*, 36, pp. 69-98.

DIAS, J. F. (2012). Comentário ao art. 163º. In *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte Especial*, pp. 714-742. Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, J. F. (2012). Comentário ao art. 164º. In *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte Especial*, pp. 743-755. Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, J. F. (2012). Comentário ao art. 171º. In *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte Especial*, pp. 832-845. Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, J. F. (2012). Nótula antes do art. 163º. In *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte Especial*, pp. 708-713. Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, J. F., & ANTUNES, M. J. (2012). Comentário ao art. 173º. In *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte Especial*, pp. 852-864. Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, M. C. S. M. S. (2000). A propósito do crime de violação: Ainda faz sentido a sua autonomização? *Revista do Ministério Público*, n.º 81. Retirado de <http://rmp.smmmp.pt/ermp/81/index.html#p=24>.

DIAS, M. C. S. M. S. (2006). *Crimes sexuais com adolescentes: Particularidades dos artigos 174 e 175 do Código Penal Português*. Coimbra: Almedina.

DIAS, M. 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 VIII, pp. 213-279.

DIAS, M. C. S. M. S. (2011). Notas substantivas sobre crimes sexuais com vítimas menores de idade. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º XV, pp. 209-259.

GARCIA, M. M., & RIO, J. M. C. (2015). Comentário ao art. 163º. In *Código Penal. Parte geral e especial: Com notas e comentários*, pp. 722-732. Coimbra: Almedina.

GARCIA, M. M., & RIO, J. M. C. (2015). Considerações de ordem geral. In *Código Penal. Parte geral e especial: Com notas e comentários*, pp. 714-722. Coimbra: Almedina.

HUNGRIA, N., LACERDA, R. C., & FRAGOSO, H. C. (1981). *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense.

LEAL-HENRIQUES, M. O., & SANTOS, M. J. C. S. (2000). Anotação ao art. 163º. In *Código Penal Anotado*, pp. 367-378. Lisboa: Editora Rei dos Livros.

LEITE, A. L. (2016). As alterações de 2015 ao Código Penal em matéria de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexuais – nótulas esparsas. *Julgar*, n.º 28, pp. 61-74.

LEITE, I. F. (2011, jan./mar.). A tutela penal da liberdade sexual. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 21, n.º 1, pp. 29-94.

LOPES, J. M., & MILHEIRO, T. C. (2015). *Crimes sexuais: Análise substantiva e processual*. Coimbra: Coimbra Editora.

MANITA, C. (2003). Quando as portas do medo se abrem... Do impacto psicológico ao(s) testemunho(s) de crianças vítimas de abuso sexual. In *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens – A função dos juízes sociais. Actas do Encontro*, pp. 229-253. Coimbra: Almedina.

PACHECO, M. B. C. T. M. (2012). *O crime de atos sexuais com adolescentes: Reflexões críticas em torno do conceito de abuso da in experiência da vítima*. Dissertação de Mestrado em Direito – Especialização em Direito Criminal. Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Porto.

PACHECO, M. B. (2016). A Convenção de Istambul e o crime de atos sexuais com adolescentes. In *Combate à Violência de Género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, pp. 167-183. Porto: Universidade Católica Editora.

PEREIRA, A. G. (2018). Justiça? Ler para crer!... *Notícias online*. Retirado de <http://www.noticiasonline.eu/justica-ler-crer/>.

PEREIRA, R. C. (1996, jan./jun.). Liberdade sexual: A sua tutela na reforma do Código Penal. *Sub Judice, Justiça e Sociedade*, n.º 11, pp. 41-48.

RIBEIRO, C., & MANITA, C. (2007). Crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar: Significados do envolvimento no processo judicial e do papel dos magistrados. *Revista do Ministério Público*, ano 28, n.º 110, pp. 47-83.

SOTTOMAYOR, M. C. (2003). O poder paternal como cuidado parental e os direitos da criança. In *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens – A função dos juizes sociais. Actas do Encontro*, pp. 9-63. Coimbra: Almedina.

SOTTOMAYOR, M. C. (2011). O conceito legal de violação: Um contributo para a doutrina penalista: A propósito do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de abril de 2011. *Revista do Ministério Público*, ano 32, n.º 128, pp. 273-318.

SOTTOMAYOR, M. C. (2015). A Convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de género. *Revista Ex Aequo*, n.º 31, pp. 105-121.

SOTTOMAYOR, M. C. (2016). Assédio sexual nas ruas e no trabalho: Uma questão de direitos humanos. In *Combate à violência de género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*, pp. 69-90. Porto: Universidade Católica Editora.

STRECHT, P. (2005). Olha por mim – Abusos sexuais. In *Vontade de ser. Textos sobre adolescência*, pp. 117-125. Lisboa: Assírio & Alvim.

VENTURA, I. (2015). Um corpo que seja seu – Podem as mulheres [não] consentir? *Revista Ex Aequo*, n.º 31, pp. 75-89.

VENTURA, I. (2018). *Medusa no Palácio da Justiça ou uma história da violação sexual*. Lisboa: Tinta-da-China.

Outros documentos

PSP. *P.S.P. aconselha protecção de mulheres*. Retirado de <http://www.psp.pt/Pages/apspaconselha/mulheres.aspx?menu=2>.

PJ. Violação/Abuso Sexual. *Conselhos dados pela Polícia Judiciária*. Retirado de <https://www.policiajudiciaria.pt/violacao-abuso-sexual/>.

Leite, I. F. Comentário sobre a liberdade sexual. Apresentado ao *Grupo de Trabalho – Implicações Legislativas da Convenção de Istambul, pelo Instituto de Direito Penal e de Ciências Criminais*. Retirado de <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394562324e316257>

56756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c7a6335596a63335a6a41794c5751315a446b744e44457a5a6931684d7a55794c5751334e54466c593255345a5455794d5335775a47593d&fich=79b77f02-d5d9-413f-a352-d751ece8e521.pdf&Inline=true.

GNR. Violação e abusos sexuais. *Conselhos dados pela GNR*. Retirado de http://www.gnr.pt/Cons_AbusoSexuais.aspx.

APAV. (2014). *Comentário/Debate público sobre os crimes de violação e coação sexual promovido pelo Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda no âmbito do Projeto de Lei n.º 522/XII/3a*. Retirado de

http://apav.pt/apav_v3/images/pdf/comentario_APAV_violacao_coacao_sexual_BE_30_jun_2104.pdf.

APAV. (2014). *Parecer da APAV sobre as implicações legislativas da Convenção de Istambul do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica*. Retirado de

http://apav.pt/apav_v3/images/pdf/Parecer_da_APAV_relativo_as_implicacoes_legislativas_da_Convencao_de_Istambul.pdf.

APMJ. (2015, mar.). *Parecer sobre os Projetos de Lei n.ºs 661/XII, 664/XII e 665/XII, n.º Ref. 04/15 – C. Istambul*. Retirado de https://www.apmj.pt/images/PDF/pareceres/Violacao_%20Coacao_e_Assedio.pdf.

Anjinho, T. & Rodrigues, C. Intervenção parlamentar das deputadas a propósito do Projeto de Lei n.º 522/XII (3ª) – Altera a previsão legal dos crimes de violação e coação sexual no Código Penal, do Grupo Parlamentar Bloco de Esquerda. Retirado de <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/01/12/03/058/2014-03-07?sft=true&pPeriodo=r3&pPublicacao=dar&pSerie=01&pLegis=12&deputado=2038#p19>.

Legislação

Código Penal de 1852, aprovado pelo Decreto de 10 de dezembro de 1852. Retirado de <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1829.pdf>.

Código Penal de 1886, aprovado pelo Decreto de 16 de setembro de 1886. Retirado de <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1866.pdf>.

Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro.

Constituição da República Portuguesa, aprovada em 2 de abril de 1976.

Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro, que aprova o Código Penal.

Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, que altera o Código Penal.

Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, que altera o Código Penal.

Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, que altera o Código Penal.

Projeto de Lei n.º 664/XII/4a – Altera a previsão legal dos crimes de violação e coação sexual no Código Penal, do Grupo Parlamentar Bloco de Esquerda. Retirado de <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a535339305a58683062334d76634770734e6a59304c56684a5353356b62324d3d&fich=pjl664-XII.doc&Inline=true>.

Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, que procede à trigésima oitava alteração ao Código Penal.

Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto, que procede à trigésima nona alteração ao Código Penal.

Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989, ratificada por Portugal em 21 de Setembro de 1990. Retirado de https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf.

Convenção do Conselho da Europa para a Protecção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, assinada em 25 de outubro de 2007, em Lanzarote (Convenção de Lanzarote). Retirado de [file:///C:/Users/Utilizador/Downloads/lanzaroteconvention_por%20\(5\).pdf](file:///C:/Users/Utilizador/Downloads/lanzaroteconvention_por%20(5).pdf).

Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, adotada em Istambul, a 11 de maio de 2011 (Convenção de Istambul). Retirado de

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1878&tabela=leis.

Diretiva 2011/92/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, e que substitui a Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho. Retirado de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=celex:32011L0093>.

Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à protecção das vítimas da criminalidade e que substitui a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho. Retirado de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32012L0029>.

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 7-11-2007, Processo n.º 0714613. Retirado de <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/dafb21957eb341df8025739400521590?OpenDocument>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23-2-2011, Processo n.º 70/10.3PPLSB. Retirado de <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/0697f548d34088a680257861004a5f5d?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13-4-2011, Processo n.º 476/09.0PBBGC.P1. Retirado de <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/1c550c3ad22da86d80257886004fd6b4?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15-6-2011, Processo n.º 887/09.1SLPRT.P1. Retirado de <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/09510a179531613a802578c400303290?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 4-6-2014, Processo n.º 1298/09.4JAPRT.P1. Retirado de <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/a6f74f25797992f980257cfc002e45cc?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 25-6-2014, Processo n.º 238/13.0JACBR.C1.
Retirado de
<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/ab383cd3bdb9906880257d070048d2ec?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10-9-2014, Processo n.º 1054/13.5JAPRT.P1.
Retirado de
<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/b19245b4dea6oedc80257d5c00556e25?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 3-2-2016, Processo n.º 9/14.7GCTND.C1.
Retirado de
<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/419f9b32a2bdb21680257f55005955dd?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 22-11-2017, Processo n.º 13/14.5GAVLC.P1.
Retirado de
<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/955637aafb839de18025820b004e6c33?OpenDocument>.

M.C. v. Bulgária, Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 4-12-2003, Queixa n.º 39272/98. Retirado de [file:///C:/Users/Utilizador/Downloads/003-883968-908286%20\(1\).pd](file:///C:/Users/Utilizador/Downloads/003-883968-908286%20(1).pd)

A Relevação dos Impedimentos

**O regime legal de self-cleaning previsto no artigo 55.º-A do
Código dos Contratos Públicos**

Marco Aurélio Madureira Moreira

Sob a orientação da Professora Doutora Raquel Carvalho

“O dinheiro público é utilizado sem restrições e com desperdício, estimulando a cobiça das elites, que se mostra tão grande quanto a ignorância das massas.”

Herbert Lowe Stukart

Agradecimentos

À minha família e amigos pelo apoio e compreensão sempre incondicionais e pela aceitação dos *nãos* indispensáveis à realização do presente estudo.

Aos meus colegas pela amizade, empatia e incentivo.

Um agradecimento merecido ao Sr. Conselheiro Políbio Henriques e aos, agora, Srs. Desembargadores Cristina da Nova e Joaquim Cruzeiro, pelo exemplo de dedicação, simplicidade e ponderação que pude colher no início do exercício da magistratura.

Um agradecimento muito especial à Professora Doutora Raquel Carvalho, pela simpatia, compreensão e apoio incomensuráveis, desde a fase curricular enquanto docente e, posteriormente, como orientadora, e ainda pelo incentivo final necessário à conclusão deste trabalho.

Resumo

O presente trabalho analisa o regime consagrado no artigo 55.º-A do CCP nas suas dimensões substantivas e processuais, bem como a sua relevância. Procura explicar-se os requisitos legais consagrados e eventuais dificuldades na sua aplicação e interpretação. Por fim, também se verificam possíveis divergências com o regime consagrado nas Diretivas de 2014 e a necessidade de interpretação conforme.

Palavras-chave: contratação pública; relevação dos impedimentos; artigo 55.º-A do CCP.

Abstract

This thesis addresses self-cleaning measures and their insertion in the Portuguese Public Contracts Code, their importance and the difficulties in their interpretation, approaching possible divergences towards the regime consecrated in the 2014 Directives and the need to interpret them accordingly.

Keywords: Public procurement; self-cleaning measures; Portuguese Public Contracts Code.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac(s).	Acórdão(s)
Al(s).	Alínea(s)
CC	Código Civil
CCP	Código dos Contratos Públicos
Cfr.	Conferir
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
CPA	Código do Procedimento Administrativo
CPPT	Código de Procedimento e de Processo Tributários
CRP	Constituição da República Portuguesa.
DEUCP	Documento Europeu Único de Contratação Pública
LGT	Lei Geral Tributária
LGTFP	Lei Geral de Trabalho em Funções Públicas
N. ^o (s)	Número(s)
P(p).	Página(s)
Proc.	Processo
STA	Supremo Tribunal Administrativo
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia

ÍNDICE

Introdução	7
I. Enquadramento	8
I.1 – Noção	8
I.2 – Impedimentos	9
I.3 - Antecedentes	11
I.4 – A <i>ratio legis</i>	14
II- Regime jurídico estabelecido	16
II.1 – Impedimentos passíveis de relevação	17
II.2 – Impossibilidade de relevação	17
II.3 – Momento de desencadeamento da relevação	18
II.4 – Medidas de relevação	20
II.5 – Competência para decidir	29
II.6 – Garantias jurisdicionais	31
III – Transposição das Diretivas	32
III.1 – Impedimentos cuja possibilidade de relevação não está prevista	32
III.2 – Exigência de garantia no âmbito do artigo 55.º-A, n.º 1 do CCP	35
Conclusão	36
Bibliografia	38

Introdução

O Decreto-Lei n.º 111-B/2017, de 31 de agosto, introduziu várias alterações no CCP com vista a transpor para o ordenamento jurídico interno as Diretivas 2014/23¹, 2014/24², 2014/25³ e 2014/55⁴. Um dos aspetos inovadores das alterações foi a introdução do regime da “*relevação dos impedimentos*”, previsto no artigo 55.º-A do CCP. É este regime jurídico que, com a presente dissertação, se pretende analisar. A escolha do tema resulta da sua novidade e da sua previsível relevância para um sistema jurídico pautado pela sua rigidez normativa e aplicação formal: o regime da relevação dos impedimentos fará recair sobre as entidades adjudicantes e, posteriormente, sobre os Tribunais a análise de aspetos até aqui ignorados, levando a uma maior dinamização e ponderação do regime das causas de exclusão, constituindo uma concretização importante do princípio da proporcionalidade.

De modo a tornar a questão mais fácil e compreensível, a exposição fará referência apenas à Diretiva 2014/24, sem que isso prejudique a sua abrangência: o artigo 38.º, n.ºs 4 a 10 da Diretiva 2014/23 contém, no essencial, a mesma previsão que o artigo 57.º da Diretiva 2014/24, e os considerandos 69 a 71 da Diretiva 2014/23 correspondem aos 100 a 102 da Diretiva 2014/24; e o artigo 80.º, n.º 1 remete para o artigo 57.º da Diretiva 2014/24, e os seus considerandos 104 a 107 correspondem, no essencial, aos 100 a 102 da Diretiva 2014/24.

No primeiro capítulo pretende introduzir-se o tema, abordando a designação escolhida pelo legislador nacional para nomear o mecanismo. Torna-se também necessário explicitar o sentido do termo “*impedimentos*”, já que o mesmo é utilizado de modo ambivalente no direito interno e não corresponde ao termo utilizado pelo legislador europeu. Procuram ainda apresentar-se os antecedentes e a *ratio legis* do mecanismo consagrado, o que se afigura de especial pertinência para a sua interpretação e aplicação.

O segundo capítulo visa a análise do artigo 55.º-A do CCP, a qual versará sobre os dois mecanismos de relevação consagrados pelo legislador. É importante sublinhar que não será possível analisar exaustiva e especificamente a aplicação do mecanismo de relevação a cada uma das situações elencadas no artigo 55.º do CCP. O objetivo do trabalho é a interpretação do sentido e alcance do regime consagrado e o seu

¹ Diretiva 2014/23/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 26.02.2014, relativa à adjudicação de contratos de concessão.

² Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 26.02.2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE.

³ Diretiva 2014/25/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26.02.2014, relativa aos contratos públicos celebrados pelas entidades que operam nos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e que revoga a Diretiva 2004/17/CE.

⁴ Diretiva 2014/55/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 16.04.2014, relativa à faturação eletrónica nos contratos públicos.

funcionamento de um modo global, o que não impedirá alguma concretização quando se entenda necessária.

Por fim, no último capítulo procurar-se-á verificar se o legislador português cumpriu o dever de transposição das Diretivas e, sendo a resposta negativa, se é possível adotar uma interpretação conforme. Não se abordarão outras questões que, embora tenham indireta repercussão sobre o regime da relevação, não derivam do artigo 55.^o-A, mas do artigo 55.^o: não se questionará, por exemplo, o alcance do termo “*impostos*” utilizado no artigo 55.^o, n.^o 1, al. e) ou o problema da falta ou dúvida colocação de limites temporais aos impedimentos, essencialmente por referência à reabilitação.

I. Enquadramento

I.1 – Noção

O artigo 55.^o-A do CCP veio introduzir, pela primeira vez, no direito da contratação pública português um mecanismo que permite o afastamento de efeitos jurídicos produzidos por circunstâncias que obstem a que um operador económico se possa apresentar a um procedimento de formação de contratos públicos, e que o legislador designou como “*relevação dos impedimentos*”⁵.

Corresponde ao que se tem denominado por “*self-cleaning*”⁶. Esta designação transmite uma ideia correta sobre o sentido e alcance do mecanismo, já que acentua as medidas de *limpeza*, *saneamento* ou *correção* tomadas pela própria entidade impedida. O termo escolhido por outros Estados Membros aponta no mesmo sentido⁷.

Pelo contrário, o termo escolhido pelo legislador português acentua o papel da entidade adjudicante: “*relevar*” significa ora dar relevo, destacar ou sobressair, ora “*fazer cair no esquecimento; perdoar uma falta ou erro*”⁸. O regime jurídico em análise não corresponde a nenhum destes sentidos: não visa destacar ou fazer sobressair impedimentos; e não assenta num comportamento de *benevolência* ou *complacência* das entidades adjudicantes. Na verdade, está em causa o exame, objetivo e ponderado, do comportamento de operadores económicos impedidos de participar num procedimento de formação de um contrato público; é a estes que cabe demonstrar que tomaram medidas que permitem restaurar a confiança que perderam, bem como ultrapassar os receios desencadeados pelas circunstâncias impeditivas, com vista a

⁵ Cfr. a epígrafe do artigo.

⁶ Cfr. Priess, 2014, p. 121, Majtan, 2013, pp. 295-299 e Arrowsmith, Priess & Friton, 2009, p. 259.

⁷ No Reino Unido (artigo 57.^o, n.ºs 13 a 17 da respetiva Lei) manteve-se a designação *self-cleaning*, e na Dinamarca (artigo 138.^o da respetiva Lei) ou Alemanha (Priess, 2014, p. 121), a respetiva tradução. A Bélgica (artigos 53.^o da Lei da concessão e 70.^o da Lei da contratação pública) e a Finlândia (artigo 82.^o da respetiva Lei) optaram por fazer apelo à expressão de *medidas corretivas*. A Bulgária, por lhe dar o nome de *medidas de demonstração de reabilitação* (artigo 56.^o da respetiva Lei). E Malta, por denominar o mecanismo como *afastamento da exclusão* (artigo 195.^o da respetiva Lei).

⁸ In AAVV, 2001, p. 3174. Cfr. também AAVV, 1996, p. 2190.

garantir a sua fiabilidade para executar um determinado contrato objeto do procedimento, não estando em causa a criação de um poder discricionário assente na “benevolência”. Teria sido preferível a atribuição da denominação, que já havia sido adotada no DEUCP, de *medidas de “limpeza automática”*⁹.

I.2 – Impedimentos

I.2.1 – Impedimentos como causas de exclusão

As Diretivas da UE relativas à contratação pública não denominam as situações elencadas no artigo 55.º do CCP como *impedimentos*, mas como *motivos de exclusão*¹⁰. É uma diferença meramente terminológica¹¹, já que, no artigo 55.º-A, n.º 2 do CCP, o legislador denomina várias alíneas do n.º 1 do artigo 55.º como “*causas de exclusão*” e, além disso, determina que o júri proponha a exclusão dos operadores económicos quando tenha conhecimento da verificação de alguma das situações previstas no artigo 55.º¹².

Este aspeto é relevante porque no direito interno da contratação pública o termo “*impedimento*” é utilizado de modo ambivalente, já que denomina: tanto 1) circunstâncias que impossibilitam um titular de um órgão da Administração Pública ou um agente, ou qualquer entidade que exerça poderes públicos, de intervir no âmbito de um procedimento administrativo, ato ou contrato de direito público ou privado, constituindo uma *garantia de imparcialidade* da Administração, e recaindo os seus efeitos jurídicos sobre quem decide ou participa no procedimento decisório e não sobre o particular interessado no procedimento¹³; como 2) situações que obstam a que um operador económico possa participar num procedimento concursal, procurando garantir a *idoneidade* económica, técnica ou ética dos operadores económicos, e recaindo os seus efeitos jurídicos sobre o próprio particular interessado¹⁴.

Quando se alude à “*relevação dos impedimentos*”, pretende abranger-se esta segunda aceção do termo, ou seja, está em causa a forma de ultrapassar as *situações-tipo* elencadas no artigo 55.º do CCP, cuja verificação impossibilita o operador económico de

⁹ Cfr. também Gonçalves, 2018, p. 677.

¹⁰ A comparação entre o artigo 55.º do CCP e o artigo 57.º da Diretiva 2014/24 permite perceber que os impedimentos elencados naquele artigo correspondem, com algumas ressalvas, aos motivos de exclusão referidos neste.

¹¹ Sem relevância, pois o dever de transposição é avaliado em função do conteúdo e eficácia da norma estabelecida no direito interno, não existindo obrigação de se retomar formal e textualmente a sua previsão. Cfr. Ac. do TJUE *Comissão/Espanha*, § 23.

¹² Cfr. artigos 146.º, n.º 2, al. c), 148.º, n.º 1 e 184.º, n.º 2, al. c) do CCP.

¹³ Cfr. artigos 31.º, n.º 4, 69.º, 71.º e 72.º do CPA; e também Gonçalves, 2018, pp. 662-665 e Amaral, 2011, pp. 154-157.

¹⁴ A utilização do termo nesta segunda aceção remonta já aos regimes anteriores ao CCP: cfr. artigos 17.º do Decreto-Lei n.º 55/95, de 29 de março e 33.º do Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de junho.

ser candidato, concorrente ou integrar qualquer agrupamento, sendo excluído se apresentar proposta ou candidatura¹⁵.

I.2.2 – Motivos de exclusão obrigatória e motivos facultativos

As Diretivas de 2014, na esteira das de 2004, estabelecem um elenco de situações que constituem motivos de exclusão, estabelecendo uma diferença entre as mesmas quanto à necessidade de a sua verificação implicar a necessária exclusão dos operadores económicos. Com base nesta diferença, é habitual agrupar os motivos de exclusão em motivos de exclusão obrigatórios e motivos facultativos¹⁶.

Os motivos de exclusão obrigatórios são aqueles relativamente aos quais o legislador europeu estabeleceu que a sua verificação deve obrigatoriamente levar as entidades adjudicantes a excluírem o operador económico do procedimento de contratação quando verificados. São duas as situações elencadas¹⁷: 1) a condenação, por decisão transitada em julgado, por ilícitos relativos à participação em organização criminosa, corrupção, fraude, infrações ligadas ao terrorismo, branqueamento de capitais, trabalho infantil ou tráfico de seres humanos; e 2) o incumprimento das obrigações em matéria de pagamento de impostos ou contribuições para a segurança social, desde que o mesmo resulte de decisão judicial ou administrativa transitada em julgado e com efeito vinculativo. Estes motivos de exclusão são aqueles que o legislador europeu pretende que todos os Estados Membros consagrem nas respetivas legislações de modo uniforme.

Os demais motivos de exclusão elencados nas Diretivas são facultativos: o legislador europeu não impõe às entidades adjudicantes, necessariamente, um dever de exclusão, referindo-se a eles como situações em que “as autoridades adjudicantes podem excluir ou podem ser solicitadas pelos Estados Membros a excluir”¹⁸. Permite-se, pois, aos Estados Membros consagrar na respetiva legislação nacional ora uma faculdade para que as entidades adjudicantes possam optar por aplicar ou não o motivo de exclusão¹⁹,

¹⁵ O conflito de interesses partilha das duas aceções do termo, já que só tem efeitos jurídicos de exclusão do operador económico quando não seja passível de correção eficaz por outras medidas, designadamente a substituição de quem tenha de apreciar ou decidir sobre as propostas. Cfr. artigos 1.º-A, n.ºs 3 e 4 e 55.º, n.ºs 1, al. k) e 2 do CCP, bem como Gonçalves, 2018, pp. 620-623 e Díaz, 2017, pp. 479-484.

¹⁶ Cfr. Gonçalves, 2018, pp. 628-629, Moreira, 2017, p. 126, Mars, 2016, p. 253, Graells, 2014, pp. 105, 108, Priess, 2014, pp. 113-121, Treppe, 2010, pp. 338-343 e Arrowsmith, Priess & Friton, 2009, pp. 261-264.

¹⁷ Cfr. artigo 57.º, n.ºs 1 e 2 da Diretiva 2014/24.

¹⁸ Cfr. artigo 57.º, n.ºs 2, § 1 e 4 da Diretiva 2014/24.

¹⁹ As causas facultativas admitem a possibilidade de as entidades adjudicantes, no início do procedimento (no programa do procedimento), escolherem quais as causas facultativas que desejam aplicar àquele procedimento, mas uma vez a escolha feita, estão obrigadas a excluir os operadores económicos que as preençam. Cfr. Treppe, 2010, p. 342.

ora uma obrigação de exclusão. Esta possibilidade viabiliza, portanto, o estabelecimento de um regime flexível e dinâmico, embora não o imponha²⁰.

O legislador nacional optou por não utilizar esta faculdade, estabelecendo no artigo 55.º do CCP um regime homogéneo, caracterizado pela sua rigidez²¹, atribuindo a todas as situações elencadas o mesmo efeito jurídico: a exclusão obrigatória do procedimento concursal de qualquer operador económico relativamente ao qual se verifique uma situação impeditiva.

Perante este quadro legal, o regime da relevação dos impedimentos assume especial interesse, já que vai permitir flexibilizar e dinamizar o acesso ao procedimento ao possibilitar que um operador económico que, em função da ocorrência de uma situação impeditiva tivesse de ser excluído, seja admitido a participar no procedimento concursal.

I.3 – Antecedentes

O regime jurídico em análise é uma novidade no direito da contratação pública nacional²², mas não uma originalidade do legislador português, emergindo da necessidade de transpor as novas Diretivas relativas à contratação pública.

Muito antes das Diretivas de 2014, a Alemanha e a Áustria já reconheciam a possibilidade de um operador económico afetado por uma circunstância impeditiva ser admitido a participar num procedimento concursal se demonstrasse ter tomado medidas suscetíveis de afastar as preocupações subjacentes ao impedimento²³. Na Alemanha, foi-se desenvolvendo jurisprudência a admitir a possibilidade de que operadores económicos que, em abstrato, deveriam ser excluídos, fossem, em concreto, admitidos a participar no concurso, tomando em consideração o seu próprio comportamento, designadamente medidas como a clarificação de factos e circunstâncias relevantes, a reparação dos prejuízos causados e alterações introduzidas ao nível do seu pessoal, estrutura ou organização²⁴.

Pelo contrário, na generalidade dos Estados Membros da UE, a verificação de uma causa de exclusão tinha como consequência inequívoca a exclusão dos concorrentes²⁵. O

²⁰ Por exemplo, a Bélgica (cfr. artigos 50.º e ss. da Lei da concessão e 67.º e ss. da Lei da contratação pública), a Finlândia (artigos 80.º e 81.º da respetiva Lei), a Irlanda (artigo 57.º da respetiva Lei) e o Reino Unido (artigo 57.º da respetiva Lei) optaram por manter a diferença entre motivos de exclusão obrigatória e motivos facultativos.

²¹ Cfr. Moreira, 2017, p. 126.

²² Na versão anterior do CCP, a verificação de qualquer circunstância impeditiva constituía um obstáculo inultrapassável para o interessado que pretendesse concorrer.

²³ Cfr. Moreira, 2017, p. 124, Wetzel, 2015, p. 22, Priess, 2014, p. 121 e Arrowsmith, Priess, & Friton, 2009, p. 2. O termo inglês “*self-cleaning*” é a tradução do termo alemão “*Selbstreinigung*”.

²⁴ Cfr. Arrowsmith, Priess & Friton, 2009, pp. 259-261.

²⁵ Cfr. Arrowsmith, Priess & Friton, 2009, pp. 258, 264.

nosso ordenamento integrava-se neste quadro tradicional de aplicação das causas de exclusão, redundando numa aplicação mais formal²⁶.

A abordagem seguida pela generalidade dos Estados Membros acarretava várias consequências negativas²⁷: 1) desincentivava os Estados Membros de adotarem políticas de investigação mais rigorosas, já que as mesmas podiam levar a que operadores económicos sediados no seu território fossem excluídos de procedimentos contratuais quando, comparativamente, isso não ocorreria com os sediados noutros Estados Membros²⁸; 2) criava uma situação objetiva de desigualdade entre os operadores económicos, já que a consequência de determinado comportamento no procedimento concursal seria ditada, essencialmente, pelo local em que estivesse sediado e pelas especificidades da política criminal do respetivo Estado Membro²⁹; 3) desincentivava os operadores económicos de alterarem o seu comportamento e adotarem medidas que, objetivamente, impossibilitassem ou minimizassem a possibilidade de verificação de determinados riscos e práticas³⁰; 4) incentivava os operadores económicos a ocultarem comportamentos e práticas internas, e a adotarem políticas de não colaboração com as entidades públicas encarregues da investigação, por receio de ficarem impedidos de aceder à celebração de contratos públicos³¹; 5) incentivava os operadores económicos a fragmentarem, artificialmente, a sua atividade, já que tal permitiria contornar os entraves colocados ao acesso aos procedimentos concursais³²; 6) ampliava, desmesuradamente, as consequências da verificação de uma situação impeditiva³³, podendo a sua verificação, desacompanhada de qualquer limite temporal, constituir uma *sentença de morte* para o operador económico³⁴.

²⁶ Veja-se, por exemplo, a análise bastante formal das causas de exclusão patente na jurisprudência a propósito da problemática da assinatura das propostas, os Acs. do STA de 30.02.2013, Proc. 01257/12, de 30.01.2013, Proc. 01123/12 e de 20.06.2012, Proc. 0330/12.

²⁷ Cfr. Wetzel, 2015, p. 21.

²⁸ As diferenças entre os Estados Membros ao nível da abordagem e da prioridade dadas à investigação e punição de certos ilícitos criminais (por exemplo, combate à corrupção, à fraude, ao branqueamento de capitais) ou de práticas restritivas da concorrência teriam repercussão sobre o acesso de uma empresa a um procedimento de formação de um contrato, o que incentivaria os Estados Membros a enveredarem por abordagens mais complacentes relativamente a certas práticas para não impedirem o acesso de empresas nacionais à contratação pública.

²⁹ As especificidades da política criminal, ao próprio nível concetual, podem facilmente levar a que um mesmo comportamento seja punível criminalmente num Estado Membro e não o seja noutro.

³⁰ Fala-se, designadamente, de medidas de organização que visam controlar os riscos, usualmente denominadas como *compliance*.

³¹ Cfr. Majtan, 2013, p. 297.

³² O operador económico impedido não se apresentaria diretamente ao concurso, mas criaria uma entidade com essa finalidade. Cfr. Arrowsmith, Priess & Friton, 2009, p. 276.

³³ Com exceção da situação prevista no artigo 55.º, n.º 1, al. f) do CCP, contendente com a aplicação de sanção acessória de proibição de participação em concurso público, em que a exclusão constitui em si mesma uma sanção penal, as demais situações impeditivas não resultam de uma ponderação específica que tenha sido realizada tendo em conta todos os aspetos e circunstâncias do caso, constituindo antes uma consequência, automática e adicional, que o legislador consagrou em abstrato.

³⁴ Basta pensar numa entidade que realize a totalidade ou uma percentagem muito grande da sua atividade no âmbito da prestação de serviços ou fornecimento de bens a entidades públicas.

Vários autores, com base, essencialmente, na experiência alemã, argumentavam que a consideração de medidas de *self-cleaning* tinha grandes vantagens na medida em que promovia a seriedade e o direito de acesso aos contratos públicos, e aumentava a concorrência³⁵. Ainda na pendência das anteriores Diretivas de 2004, argumentava-se também que a necessidade de reconhecimento de medidas de *self-cleaning* resultava já dos princípios da UE, designadamente dos princípios da liberdade de circulação de bens e serviços, da igualdade de tratamento e da proporcionalidade³⁶. Em nenhuma circunstância concreta o TJUE abordou esta matéria. No entanto, poder-se-ia antever que, caso isso tivesse ocorrido, o fizesse favoravelmente, já que, nas várias ocasiões em que foi chamado a pronunciar-se a propósito dos motivos de exclusão, sempre fez referência à necessidade de garantir o princípio da proporcionalidade³⁷.

Foi no Livro Verde sobre a modernização da contratação pública que a Comissão Europeia propôs, pela primeira vez, a consagração de medidas de “*self-cleaning*”, justificando as mesmas com a necessidade de “procurar o equilíbrio entre a aplicação dos critérios de exclusão e o respeito dos princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento”³⁸.

As propostas de Diretivas relativas à contratação pública, apresentadas pela Comissão Europeia continham uma regulação mais ténue das medidas de *self-cleaning*, limitando-se, a das concessões, a prever a possibilidade de os operadores económicos apresentarem “elementos que pudessem comprovar a sua fiabilidade, não obstante a existência de motivo pertinente para a sua exclusão”, remetendo para os Estados Membros a necessidade de concretização³⁹. Foi pela ação do Conselho e do Parlamento Europeu que a previsão proposta foi densificada, com a introdução de critérios para demonstração da *fiabilidade*⁴⁰, resultando num mecanismo mais detalhado e estruturado.

Após a aprovação das Diretivas, e já muito depois de ter sido ultrapassado o prazo de transposição⁴¹, e sob a ameaça de uma ação por incumprimento⁴², o legislador nacional aprovou a revisão ao CCP, pela qual introduziu no artigo 55.º-A um mecanismo de *self-cleaning* no direito da contratação pública nacional.

³⁵ Cfr. Majtan, 2013, pp. 291, 299, 337-341.

³⁶ Cfr. Arrowsmith, Priess & Friton, 2009, pp. 258, 265 e 276-280.

³⁷ Cfr. Acs. do TJUE *Michaniki*, § 48 e *Assitur*, §§ 21, 24 e 30, e também Arrowsmith, Priess & Friton, 2009, pp. 268-270.

³⁸ Cfr. COM (2011) 15 final, ponto 5.3.

³⁹ Cfr. artigos 36.º, n.º 8 da proposta COM/2011/0897 final e 55.º, n.º 4 da proposta COM/2011/0896 final.

⁴⁰ Cfr., para uma análise desenvolvida sobre as alterações introduzidas até à redação final, Mars, 2016, pp. 255-268.

⁴¹ O prazo de transposição terminava a 18.04.2016 (artigos 50.º da Diretiva 2014/23 e 90.º, n.º 1 da Diretiva 2014/24).

⁴² Cfr. COM(2017) 370 final, p. 10.

I.4 – A *ratio legis*

A possibilidade de se impedir operadores económicos de participar de um procedimento de formação de contratos públicos restringe o potencial número de ofertas que as entidades adjudicantes têm ao seu dispor para a execução do contrato, promovendo um nível de concorrência menor, o que conflitua com os propósitos prosseguidos pelo estabelecimento de regras europeias em matéria de contratação pública⁴³. E interfere também com a autonomia dos operadores económicos e a sua liberdade de organização e de participação⁴⁴.

Os impedimentos elencados no artigo 55.º do CCP revelam uma preocupação com a solvabilidade económico-financeira⁴⁵, a honorabilidade⁴⁶, a fiabilidade⁴⁷ e as condições normais de concorrência⁴⁸ dos operadores económicos; estas preocupações prendem-se com atividades e comportamentos ocorridos no passado, com condições pessoais ou o seu historial. No entanto, assentam em conceções presuntivas retiradas de circunstâncias inerentes ao operador económico: exemplificando, o impedimento relativo à insolvência não surge de uma análise da real capacidade económico-financeira do operador económico para executar um determinado contrato, mas do entendimento, normativo, de que quem foi declarado insolvente não a possui; do mesmo modo, o impedimento relativo à falta de honorabilidade profissional do operador económico não se suporta numa análise concreta baseada num estudo de mercado ou de imagem junto dos consumidores ou eleitores ou numa análise das reais competências e capacidades do operador económico, mas numa suposição, também normativa, de que quem tenha sido condenado por crime que afete a sua honorabilidade profissional não reúne condições técnicas e profissionais ou de aceitabilidade para executar um contrato público.

Na medida em que as Diretivas de 2014 ampliam os motivos de exclusão dos operadores económicos, há uma preocupação, logo manifestada no Livro Verde pela Comissão Europeia, com a necessidade de garantir um equilíbrio entre a aplicação das causas de exclusão e os princípios da proporcionalidade e da igualdade, propondo para obter esse efeito a consagração de medidas de *self-cleaning*⁴⁹. E bem, porque um

⁴³ Essas regras fomentam uma manifestação de interesse tão ampla quanto possível, o que se revela essencial por dois motivos: 1) garantir a realização simultânea da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços e o desenvolvimento, à escala europeia, de uma concorrência efetiva; e 2) assegurar que as entidades adjudicantes dispõem de uma maior possibilidade de escolha para optarem pela oferta mais vantajosa e adequada às necessidades do organismo público. Cfr. Acs. TJUE *Michaniki*, § 39; *CoNISMa*, § 37; e *Bayerischer Rundfunk*, §§ 38 e 39.

⁴⁴ Cfr. Gonçalves, 2018, p. 624.

⁴⁵ Cfr. artigo 55.º, n.º 1, al. a) do CCP.

⁴⁶ Cfr. artigo 55.º, n.º 1, als. b) a h) do CCP.

⁴⁷ Cfr. artigo 55.º, n.º 1, als. b), c) e l) do CCP.

⁴⁸ Cfr. artigo 55.º, n.º 1, als. i) a k) do CCP.

⁴⁹ Cfr. COM (2011) 15 final, ponto 5.3.

primeiro propósito do mecanismo é precisamente o de garantir a proporcionalidade e a igualdade.

Os vários impedimentos podem resumir-se a duas finalidades essenciais: 1) garantir que o operador económico reúne requisitos económicos, financeiros, técnicos e profissionais para proceder a uma correta execução do contrato⁵⁰; e 2) garantir a sua probidade, integridade e honorabilidade⁵¹.

Essas finalidades têm de se conjugar com a necessidade de garantir o funcionamento do mercado e da concorrência. A expansão de preocupações reflexas no domínio da contratação pública através da aplicação das causas de exclusão pode, todavia, levar a que os melhores operadores económicos fiquem excluídos, o que origina graves prejuízos para o interesse público, não só porque a diminuição da concorrência origina um aumento dos preços, mas também porque os maiores operadores económicos são aqueles que frequentemente apresentam ofertas mais inovadoras em função de avanços tecnológicos⁵². A exclusão de operadores económicos pela simples verificação de uma circunstância abstratamente consagrada na lei não é, portanto, necessariamente adequada, podendo revelar-se, em concreto, excessiva e até prejudicial para o interesse público. A isto acresce que esta desproporção pode ser maior quando esteja em causa uma pessoa coletiva que, não sendo um centro autónomo de atuação, se vê afetada negativamente, como um todo, por um comportamento tomado individualmente por uma pessoa física.

A proporcionalidade é o aspeto central do mecanismo⁵³, refletindo-se seja na própria avaliação do impedimento, seja sobre os efeitos que o mesmo poderá produzir no procedimento de formação de contrato. A aplicação do *self-cleaning* pressupõe a prévia constatação de uma situação efetiva de impedimento: este existe e apenas não produzirá os seus efeitos jurídicos habituais por consideração às medidas que o operador económico tenha adotado.

Um outro aspeto também relevante é o incentivo que o mecanismo oferece para proteger as finalidades subjacentes aos motivos de exclusão. Com a previsão de regras relativas à possibilidade de os operadores económicos afastarem os efeitos produzidos por situações impeditivas, dá-se um grande impulso para que os operadores económicos

⁵⁰ Cfr. Caranta, 2012, p. 333.

⁵¹ Cfr. Caranta, 2012, p. 338, que refere ser necessário evitar, para além das situações de perigo, o *alarme social* que poderia resultar da adjudicação de um contrato público a determinados operadores económicos, por exemplo, com propensão para atuar ilicitamente. Os impedimentos revelam que a contratação pública também tem preocupações *éticas* na escolha dos concorrentes: procura-se assegurar que os operadores económicos que beneficiam com a realização das despesas suportadas pelo erário público são escolhidos de entre os que gozam de um mínimo de aceitação e credibilidade perante a comunidade, afastando-se, portanto, à partida, do universo de potenciais concorrentes aqueles cuja atuação no passado pode, objetiva e razoavelmente, suscitar desconfiança ou receio em caso de adjudicação.

⁵² Cfr. Caranta & Richetto, 2016, p. 275.

⁵³ O princípio de proporcionalidade, enquanto ligado à garantia da concorrência e ao *“favor participationis”*, tem portanto aqui uma concretização relevante. Cfr. Caranta, 2012, p. 346.

adotem mecanismos que permitam atenuar os riscos, bem como a identificação dos concretos infratores, o que passa, designadamente, pela adoção de medidas designadas de *compliance* ou códigos de conduta internos⁵⁴. A finalidade do *self-cleaning* não é, portanto, “*perdoar*” operadores económicos da exclusão dos procedimentos de contratação pública, mas antes incentivá-los a alterarem condutas e adotar mecanismos de controlo.

II – Regime jurídico estabelecido

A relevação dos impedimentos estrutura-se em três momentos distintos: 1) a prévia identificação do impedimento; 2) a invocação da relevação; e 3) a decisão sobre a suficiência das medidas tomadas.

O primeiro momento pode ser alvo de declaração pelos próprios operadores económicos, já que estes são obrigados a apresentar com a proposta/candidatura uma declaração⁵⁵, sendo que um dos aspetos focados na mesma é a indicação de que não se encontram em nenhuma das situações previstas no artigo 55.º, n.º 1 do CCP. Portanto, quando o operador económico verificar que se encontra em alguma dessas situações, a sua declaração deverá expressamente reconhecer o seu preenchimento⁵⁶.

No entanto, se em alguns casos a explicitação do impedimento é de fácil constatação, noutros exigir-se-á a intervenção da entidade adjudicante por a situação impeditiva poder não ser do conhecimento do operador económico⁵⁷ ou por o efeito impeditivo não resultar imediatamente da mera verificação de um facto, exigindo-se uma fundamentação e ponderação circunstanciada e seletiva⁵⁸, cabendo, nestes casos, à entidade adjudicante⁵⁹ demonstrar a verificação da situação impeditiva. É que nem todos os impedimentos são facilmente constatáveis, já que enquanto algumas normas possuem um parâmetro normativo fixo e pré-determinado, outras contêm um parâmetro normativo amplo e elástico⁶⁰. Exemplificando, a existência de uma sentença a condenar

⁵⁴ Cfr. Wetzel, 2015, pp. 24-25 e Arrowsmith, Priess & Friton, 2009, pp. 262-263.

⁵⁵ O Anexo I para as propostas, o IV para as candidaturas, ou o DEUCP para os procedimentos com publicação no Jornal Oficial da União Europeia (artigos 57.º, n.ºs 1, al. a) e 6 e 168.º, n.ºs 1 do CCP). Trata-se de um aspeto meramente declarativo, sendo, em princípio, os documentos analisados após o ato de adjudicação (artigo 81.º, n.º 1, al. b) do CCP), prevendo-se a possibilidade de o serem antes se for utilizada a possibilidade prevista no artigo 81.º, n.º 8 do CCP, o que se afigura relevante havendo dúvidas sobre a inexistência de uma situação impeditiva não declarada. Cfr. Gonçalves, 2018, pp. 665-666.

⁵⁶ O DEUCP encontra-se já adaptado, prevendo que os operadores económicos façam a declaração das medidas tomadas, não tendo tal adaptação sido efetuada pelo legislador nacional nos Anexos I e IV.

⁵⁷ Quando se trate de uma pessoa coletiva, os factos relativos aos titulares dos órgãos sociais de administração, direção ou gerência em efetividade de funções impedem aquela de participar no procedimento, como previsto no artigo 55.º, n.º 1, als. b), c) e h) do CCP. No entanto, essa factualidade pode ser conhecida durante o próprio procedimento, designadamente pela junção de documentos por outros operadores económicos.

⁵⁸ Cfr. Caranta, *I contratti pubblici*, 2012, p. 339.

⁵⁹ Tal não significa que possa ser a entidade adjudicante por si só a determinar a qualificação, o que pode exigir o recurso a outras entidades. Cfr. o Ac. do TJUE *Forposta*, § 27.

⁶⁰ Cfr. Caranta, *I contratti pubblici*, 2012, pp. 338-339.

o operador económico por crime de corrupção é suficiente para constatar a existência de um impedimento; no entanto, saber se determinada condenação afeta a honorabilidade profissional exige já uma fundamentação específica, a cargo da entidade adjudicante, não sendo suficiente que se invoque a mera existência de uma condenação, tornando-se necessário que se demonstre que o crime por que o operador económico foi condenado afeta a sua honorabilidade profissional⁶¹.

Reconhecida a existência de um impedimento, torna-se possível ao operador económico lançar mão do mecanismo da relevação dos impedimentos com vista a afastar a sua exclusão do procedimento concursal.

II.1 – Impedimentos passíveis de relevação

O legislador nacional apenas previu a aplicação do artigo 55.º-A do CCP aos impedimentos que respeitam, em síntese, às seguintes situações: 1) existência de dívidas de impostos ou contribuições para a segurança social; 2) condenação por crime que afete a honorabilidade profissional; 3) sanção por falta grave em matéria profissional; 4) utilização de mão-de-obra não declarada; 5) condenação por crimes ligados a organização criminosa, corrupção, fraude, branqueamento de capitais, terrorismo, trabalho infantil ou tráfico de seres humanos; e 6) resolução de contrato público anterior ou aplicação de sanções, ambas por incumprimento, em resultado de deficiências significativas e persistentes na sua execução.

Para a primeira situação, relativa à falta de regularização de dívidas de impostos e contribuições para a segurança social, foi estabelecido um regime específico de relevação⁶², enquanto aos demais é aplicável um regime *comum*⁶³.

II.2 – Impossibilidade de relevação

O artigo 55.º-A, n.º 4 do CCP proíbe a relevação de impedimentos que resultem da aplicação de uma sanção acessória de proibição de participação em procedimentos de formação de contratos públicos. Assim, em momento algum se admite que a situação prevista no artigo 55.º, n.º 1, al. f) do CCP seja passível de relevação. Com este limite pretende impedir-se que através do regime da relevação se contorne a aplicação de sanções de natureza acessória, as quais são diretamente dirigidas à proibição de celebrar contratos com entidades públicas. A possibilidade de aplicação destas sanções está prevista expressamente, em termos gerais, nos artigos 90.º-A, n.º 2, al. c) e 90.º-H, ambos do Código Penal, onde se estabelece a possibilidade de determinar como pena

⁶¹ Cfr., a propósito de uma situação em que era necessário avaliar se foi falseada a concorrência, o Ac. do STA de 11.01.2011, Proc. 0851/10.

⁶² Cfr. artigo 55.º-A, n.º 1 do CCP.

⁶³ Cfr. artigo 55.º-A, n.ºs 2 a 4 do CCP.

acessória a proibição de a entidade celebrar certos contratos ou contratos com determinadas entidades⁶⁴.

Na situação do artigo 55.º, n.º 1, al. f) do CCP, ao contrário das demais situações, existe uma ponderação específica relativa ao comportamento e culpa do operador económico, com garantias também específicas, surgindo a sanção acessória como uma consequência punitiva do ilícito, com finalidades de prevenção geral e especial que se pretendem salvaguardar⁶⁵. Nas demais situações previstas no artigo 55.º do CCP, pelo contrário, o impedimento surge de uma forma automática e abstrata ligada a uma determinada circunstância, mas não como uma sanção específica dela, sem que se verifique, portanto, em concreto qualquer ponderação prévia, pelo que a consideração de medidas de *self-cleaning* surge como uma ponderação efetuada em momento posterior à constatação dessas circunstâncias.

Esta impossibilidade apenas se aplica no Estado Membro onde produz efeitos, o que significa que nos outros Estados Membros nada obsta a que o operador económico utilize o mecanismo de *self-cleaning* para ultrapassar o impedimento⁶⁶. As Diretivas apontam nesse mesmo sentido⁶⁷. E a própria previsão nacional não refere as decisões tomadas noutros Estados Membros. Afigura-se que teria sido um passo importante no princípio do reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais no espaço europeu se se tivesse ido mais além neste aspeto; no entanto, percebe-se que as diferenças dos quadros normativos de natureza sancionatória entre os vários Estados Membros poderiam colocar sérios problemas à aceitação de decisões de outros países nestas matérias.

II.3 – Momento de desencadeamento da relevação

O legislador nacional não explicitou qual o momento em que os operadores económicos podem desencadear o mecanismo da relevação: se antes da apresentação da proposta/candidatura; se com a sua apresentação; ou se após a sua apresentação, na sequência, por exemplo da notificação do relatório preliminar. Os considerandos das Diretivas apontam no sentido de poder existir uma espécie de *pedido de admissão prévia* ao procedimento: o operador económico que sabe estar afetado por uma causa impeditiva solicitaria à entidade adjudicante que, previamente à apresentação da proposta ou candidatura, verificasse se as medidas instituídas oferecem garantias suficientes para restaurar a confiança na sua eventual prestação.

⁶⁴ Cfr., para outras situações previstas em outros diplomas legais, Gonçalves, 2018, pp. 642-643.

⁶⁵ Cfr. Arrowsmith, Priess & Friton, 2009, pp. 273-274.

⁶⁶ Cfr. Priess, 2014, p. 122.

⁶⁷ Cfr. artigo 57.º, n.º 6, § 3 da Diretiva 2014/24.

No entanto, a letra do artigo 55.º-A, n.º 2 do CCP parece afastar a possibilidade de se suscitar a relevação em momento prévio à apresentação de uma proposta ou candidatura, já que o legislador nomeia o operador económico que desencadeia o mecanismo de relevação como “*candidato ou concorrente*”⁶⁸, o que indica que apenas se pode desencadear a relevação com a apresentação da proposta/candidatura ou já após a sua apresentação. E a referência do n.º 1 aos regimes de regularização de dívidas fiscais e contribuições para a segurança social em vigor como mecanismo para ultrapassar o impedimento do artigo 55.º, n.º 1, als. d) e e), apenas faz sentido se o propósito do legislador for atribuir efeitos a esses regimes após a apresentação da proposta/candidatura⁶⁹, já que o efeito impeditivo desaparece se antes da sua apresentação tiver pago a dívida; um candidato impedido, ao pagar a dívida antes da apresentação da proposta/candidatura, deixa de o estar, podendo então participar no procedimento, não se levantando a questão de *self-cleaning* porque simplesmente não existe impedimento. Assim, a relevação dos impedimentos não constitui um incidente prévio à apresentação de uma proposta ou candidatura por um operador económico impedido, mas um mecanismo de reação contra a possível exclusão face à verificação de uma situação impeditiva.

Afigura-se que nada impedirá, no entanto, que a relevação possa ser suscitada com a proposta, o que será mais previsível nas situações em que o conteúdo do impedimento tem uma natureza fixa ou pré-determinada, sendo que, como já referido, nestes casos, o próprio operador económico, ao apresentar a proposta/candidatura, já sabe que preenche um fundamento de exclusão e terá que o declarar, pelo que terá todo o interesse em apresentar logo os elementos suscetíveis de ponderação para afastar a exclusão. Mas nenhuma norma obriga o operador económico impedido a suscitar a relevação com a apresentação da proposta ou da candidatura.

⁶⁸ Cfr. artigos 52.º e 53.º do CCP, que densificam a noção legal de concorrente e candidato.

⁶⁹ Alguns autores criticam este normativo, sustentando tratar-se de um preceito “*absolutamente tautológico*” (Almeida & Sánchez, 2016, p. 72) ou “*inadequado*” (Moreira, 2017, p. 128). Afigura-se, no entanto, que é especialmente relevante se se considerar o possível momento temporal da relevação, ao permitir a admissão de um operador económico por regularização de dívida após o prazo de apresentação da proposta ou da candidatura. Veja-se que, ainda na vigência das Diretivas de 2004, o TJUE, no Ac. *Conorzio Stabile*, validou a interpretação que levou à exclusão de um concorrente de um concurso por dívida de contribuições à segurança social, embora tivesse sido efetuado o pagamento posteriormente. Assim, por exemplo, um operador económico que apresente uma proposta e que tenha dívidas de IRC deve ser excluído do procedimento, já que estava impedido de o fazer. À luz deste impedimento, o pagamento posterior ou a adesão a um regime com vista ao pagamento da dívida não seria considerado: no momento em que se constituiu como concorrente, que coincide com aquele em que apresentou a proposta, estava impedido de o fazer. No entanto, por via do artigo 55.º-A, n.º 1 do CCP, vai ser admitido no âmbito do procedimento concursal se regularizar a dívida. Em termos comparativos, a legislação belga assume, nesta matéria, uma especial clareza, já que prevê expressamente a possibilidade de, constatada a existência de dívida, o operador económico ser expressamente convidado a regularizar as suas obrigações no decurso do próprio procedimento concursal, sendo-lhe dado o prazo de cinco dias úteis para o fazer (artigos 51.º, § 1 da respetiva Lei dos contratos de concessão e 68.º, § 1 da Lei da contratação pública).

No entanto, na ausência de qualquer norma específica⁷⁰, afigura-se que a relevação será usualmente suscitada no âmbito da audiência prévia na sequência da notificação do relatório preliminar, quando o operador económico seja confrontado com a intenção de o excluir do procedimento. Já anteriormente às Diretivas de 2014, que não previam esta possibilidade de ultrapassar a exclusão, o TJUE vinha defendendo que o direito da UE se opõe a que ocorram situações de exclusão automática⁷¹.

A relevação pode ser suscitada quer antes do ato de adjudicação, quer depois. O facto de um concorrente não ter sido excluído do procedimento e ter ficado graduado em primeiro lugar não significa que tenha necessariamente de celebrar o contrato. Os artigos 87.º e 87.º-A do CCP preveem que a adjudicação caduque, seja quando tenha existido falsidade na apresentação de qualquer documento ou de qualquer declaração, seja quando exista uma alteração posterior, sendo referida a hipótese da insolvência. Sustenta-se que a norma do artigo 87.º-A do CCP deve ser interpretada extensivamente para abranger as demais situações que se encontram elencadas no artigo 55.º, n.º 1 como forma de ultrapassar esta situação, argumentando-se que esta solução se impõe como uma lógica elementar de todos os impedimentos terem a mesma função de não permitir o acesso de operadores económicos afetados pelos mesmos⁷². Afigura-se, no entanto, que a necessidade de não celebrar o contrato com um operador económico resulta da própria anulabilidade do ato de adjudicação, resultante da violação do artigo 55.º, n.º 1 do CCP, a qual pode ser verificada e declarada pela própria entidade adjudicante quando se aperceba que o adjudicatário está impedido.

II.4 – Medidas de relevação

II.4.1 - Regularização de dívidas fiscais e à segurança social

O artigo 55.º, n.º 1, als. d) e e) do CCP impede os operadores económicos que não tenham a sua situação regularizada relativamente a impostos e contribuições para a segurança social de se apresentarem como candidatos, concorrentes ou integrarem qualquer agrupamento no âmbito de um procedimento de formação de contratos. Este impedimento abrange as situações não regularizadas quer em Portugal, quer em outro Estado de que o operador económico seja nacional ou no qual se situe o seu estabelecimento principal. Um dos aspetos peculiares deste impedimento é a sua não sujeição a qualquer limite temporal⁷³ e, em função da não utilização da derrogação

⁷⁰ A Dinamarca (artigo 138.º, 2 da respetiva Lei) e a França (artigo 48.º, II da respetiva Lei) regulam expressamente este aspeto ao prever que a entidade adjudicante notifica o operador económico da decisão sobre a exclusão por impedimento, dando-lhe prazo para demonstrar medidas de *self-cleaning*.

⁷¹ Cfr. Ac. do TJUE, *Forposta*, §§ 34 a 36.

⁷² Cfr. Gonçalves, 2018, p. 668.

⁷³ Cfr. Graells, 2014, p. 114. Embora se possa questionar a desproporcionalidade desta medida, afigura-se que a medida não é completamente destituída de sentido, já que se prende com o facto de haver uma

permitida pelo direito europeu, a qualquer limite quantitativo⁷⁴. Assim, a existência de qualquer montante de dívida levará à exclusão do operador económico, por mais pequeno que seja⁷⁵.

Explicitado o impedimento⁷⁶, o artigo 55.º-A, n.º 1 do CCP permite que o operador económico seja admitido através da utilização dos regimes de regularização de dívidas fiscais e dívidas à segurança social em vigor.

O legislador não especifica no CCP o que entende por “*regimes de regularização*”. No entanto, no artigo 177.º-A do CPPT refere o que considera ser uma situação tributária regularizada. Afigura-se, portanto, na ausência de qualquer referência específica, que o artigo 55.º-A, n.º 1 do CCP se refere a esse artigo e às situações aí elencadas. Os regimes de regularização a considerar serão, portanto, os seguintes: o pagamento da dívida e dos respetivos juros; o pagamento da dívida em prestações quando se preste garantia; a pendência de meio contencioso onde se discuta a legalidade ou exigibilidade da dívida quando tenha sido prestada garantia; ou quando o processo de execução fiscal esteja suspenso por via da prestação de garantia. Equipara-se à prestação de garantia a sua dispensa ou caducidade. Podem ser aprovadas outras medidas ou mecanismo de regularização excecional de dívidas que parecem também estar abrangidos por este mecanismo de relevação⁷⁷.

Através deste mecanismo é, portanto, possível que um operador económico que tenha dívidas de impostos ou de contribuições para a segurança social, ou seja, que preencha a causa impeditiva, tenha acesso ao procedimento ou seja mantido no mesmo.

crescente consciência de que as receitas públicas assumem uma relevância grande no equilíbrio das contas públicas, o que é essencial para atingir equilíbrios orçamentais.

⁷⁴ Permitidas pelo artigo 57.º, n.º 3 da Diretiva 2014/24. Outros países consagraram estas derrogações, prevendo a possibilidade de admitir operadores económicos com dívidas em duas situações: uma por razões de interesse público; outra quando os valores da dívida não ultrapassarem determinados patamares. Exemplificando, a legislação francesa prevê a possibilidade de derrogação por razões imperiosas de interesse geral, exemplificando com a situação em que o contrato só possa ser confiado a um operador económico (artigo 47.º da respetiva Lei). Quanto ao estabelecimento de montantes abaixo dos quais as dívidas não são relevantes, a Bulgária não considera dívidas de valor inferior a 1% da faturação anual do operador económico (artigo 54.º da respetiva Lei), a Dinamarca, valores inferiores a 100 000 coroas dinamarquesas, o que equivale a cerca de € 13 400,00 (artigo 135.º, (5) da respetiva Lei), a Itália, valores inferiores a € 10 000,00 (artigo 80.º, n.º 4 do *Codice*), e a Bélgica, inferiores a € 3000,00 (artigos 32.º, § 1 e 33.º, § 1 do *Arrêté Royal du 25 juin 2017* e 62.º, § 1 e 63.º, § 1 do *Arrêté Royal du 18 avril 2017*).

⁷⁵ Gonçalves (2018, p. 641) considera não ser de excluir dívidas de valor reduzido, tendo em conta o princípio da proporcionalidade. No entanto, afigura-se que as entidades adjudicantes não o poderão fazer, já que estava prevista a possibilidade de os Estados consagrarem uma derrogação a este impedimento, que não foi utilizada por Portugal. E, além disso, esta opção do legislador nacional parece ser conforme ao direito da UE, cfr. Ac. do TJUE *Conorzio Stabile*, § 37, que parece admitir a possibilidade de não ser desproporcional a inexistência de montante mínimo.

⁷⁶ Afigura-se que a noção de “*situação regularizada*” sustenta que apenas se admita a possibilidade de a dívida ser demonstrada por sentença e ato administrativo com efeito vinculativo, já que, de acordo com os artigos 169.º, n.º 12 e 177.º-A, n.º 1 do CPPT e 59.º, n.º 3 da LGT, o operador económico apenas apresentará uma situação tributária regularizada se não existir dívida ou se, existindo, tiver prestado garantia ou obtido a sua dispensa, o que aponta para a prévia liquidação da dívida pelas entidades competentes, designadamente a Administração Tributária.

⁷⁷ Cfr., por exemplo, o regime aprovado pelo Decreto-Lei n.º 151-A/2013, de 31 de outubro.

Para que tal aconteça bastará que demonstre ou que efetuou o pagamento, ou que se encontra numa das demais situações a que se refere o artigo 177.º-A do CPPT.

Este regime visa, portanto, incentivar os operadores económicos a efetuar o pagamento de dívidas tributárias ou de contribuições à segurança social ou a prestar garantia do seu pagamento. Uma vez efetuado o pagamento ou obtida a suspensão da possibilidade de executar a dívida, o que, nos termos da legislação nacional, deve sempre ser acompanhado pela prestação de garantia ou sua dispensa, as preocupações que motivam o impedimento ficam asseguradas: o pagamento ou foi efetuado, ou está garantido, pelo que razoavelmente não existe motivo para não admitir o operador económico.

II.4.2 – Medidas relativas aos restantes impedimentos

O regime de relevação previsto nos n.ºs 2 a 4 do artigo 55.º-A do CCP respeita aos seguintes impedimentos previstos no artigo 55.º, n.º 1, als. b), c) g) h) e l): 1) a condenação, por sentença transitada em julgado, por crime que afete a honorabilidade profissional; 2) a aplicação de sanção administrativa por falta grave em matéria profissional; 3) a aplicação de sanção administrativa ou judicial pela utilização de mão-de-obra não declarada, quando legalmente sujeita ao pagamento de impostos e contribuições para a segurança social; 4) a condenação, por sentença transitada em julgado, por crimes relativos à participação em organização criminosa, corrupção, fraude, branqueamento de capitais, terrorismo, trabalho infantil ou tráfico de seres humanos; e 5) o incumprimento de contrato anterior por deficiências significativas ou persistentes que tenha levado à resolução ou à condenação no pagamento de indemnização ou à aplicação de sanções.

Com tais impedimentos procura-se assegurar a honorabilidade profissional dos operadores económicos, sancionando quer a existência de condenação por crime que a afete, quer a existência de sanção administrativa por falta grave em matéria profissional. Procura-se também sancionar a utilização de mão-de-obra não declarada⁷⁸. Procura-se ainda garantir que aos operadores económicos admitidos não são conotadas práticas criminosas consideradas particularmente graves, como os crimes relativos à participação em organização criminosa, corrupção, fraude, branqueamento de capitais, terrorismo, trabalho infantil ou tráfico de seres humanos. Por fim, procura-se ainda garantir que um operador económico que demonstrou já incapacidade para cumprir um contrato administrativo, apresentando, na sua execução, deficiências significativas ou

⁷⁸ Este impedimento, previsto no artigo 55.º, n.º 1, al. g) do CCP, não se encontra previsto nas Diretivas tal como consagrado internamente, sendo eventualmente eco do artigo 57.º, n.º 4, al. a) da Diretiva 2014/24, que prevê a exclusão de concorrentes que incumpram as obrigações em matéria ambiental, social e laboral, que o legislador preferiu transformar num princípio (artigo 1.º-A, n.º 2 do CCP).

persistentes, possa obter a adjudicação de outro contrato, com receio de que incumpra o novo do mesmo modo como incumpriu o anterior.

Estes impedimentos visam não só salvaguardar a capacidade dos operadores económicos para executar o contrato⁷⁹, mas também a confiança da comunidade em quem vai executar o contrato público, evitando situações de *alarme social*⁸⁰.

Verificado algum destes impedimentos, o artigo 55.º-A, n.º 2 do CCP permite que o operador económico seja admitido no procedimento quando demonstre dois aspetos: “a sua idoneidade para a execução do contrato”; e “a não afetação dos interesses que justificam aqueles impedimentos”. Depois de enunciar o critério normativo da relevação, o legislador enuncia situações, a título exemplificativo, em que considera que existe relevação.

Nas Diretivas⁸¹ faz-se assentar o critério normativo no conceito de “*fiabilidade*”: o operador económico não é excluído do procedimento quando apresente provas satisfatórias de que tomou medidas suficientes para demonstrar que é fiável. Os considerandos das Diretivas⁸² fornecem pistas relevantes sobre os objetivos dos impedimentos e as medidas que os operadores económicos podem apresentar para os ultrapassar: o regime dos impedimentos assenta na ideia de que os operadores económicos que são afetados por situações impeditivas se revelam “*pouco fiáveis*”⁸³. Um dos aspetos abordados nos referidos considerandos é a situação de um operador que possua a capacidade técnica e económica para executar um contrato público, e que não será considerado idóneo, ou seja, será “*pouco fiável*”, quando tenha cometido falta profissional grave. De acordo com os mesmos considerandos, as medidas de relevação têm por objetivo demonstrar que os operadores económicos tomaram medidas de execução perante a situação impeditiva e que as mesmas proporcionam garantias suficientes. O objetivo dessas medidas é, portanto, restaurar a confiança ou credibilidade que normativamente é colocada em causa pela existência de uma situação impeditiva⁸⁴.

II.4.2.1 – Idoneidade para a execução do contrato

O conceito de *idoneidade* tanto pode apontar para a noção de *fiabilidade* e *competência*, cabendo então ao operador económico afastar os receios relativos ao

⁷⁹ Cfr. Arrowsmith, 2014, p. 1241.

⁸⁰ Cfr. Caranta, *I contratti pubblici*, 2012, p. 338.

⁸¹ Cfr. artigo 57.º, n.º 6 da Diretiva 2014/24 e respetivos considerandos 101 e 102.

⁸² Cfr. considerandos 100 a 102 da Diretiva 2014/24.

⁸³ No funcionamento normal do mercado, a perceção dos consumidores sobre os operadores económicos e a sua atuação passada condiciona as suas escolhas, levando a que as mesmas não sejam fundadas em meros aspetos económicos como o preço ou a qualidade do bem ou serviço. Na contratação pública, uma vez que se torna necessário objetivar e racionalizar o procedimento, estes aspetos terão de influir na aceitação ou exclusão dos operadores no procedimento.

⁸⁴ Cfr. Arrowsmith, 2014, pp. 1242-1243.

performance risk do contrato, como para a noção de *honestidade* e *aptidão moral*, estando em causa a seleção de *good corporate citizens*⁸⁵.

A jurisprudência do TJUE tem referido que as causas de exclusão se baseiam em factos ou comportamentos do operador económico suscetíveis de pôr em causa a sua honorabilidade profissional ou a sua aptidão económica ou financeira para executar o contrato público a cuja adjudicação se candidata⁸⁶. Por outro lado, o termo *idoneidade* é também utilizado nas Diretivas⁸⁷ por referência à capacidade profissional do operador económico. O que se pretende é que o operador económico demonstre que, perante a situação impeditiva internalizou eventuais prejuízos, alterou o seu comportamento e estrutura organizacional e deve, por isso, poder participar no procedimento concursal⁸⁸. Portanto, a *idoneidade* corresponde à necessidade de que o operador económico demonstre que é fiável e capaz de executar o contrato em causa. Este critério contende diretamente com o objeto do contrato em causa, já que é à luz das exigências de execução deste que pode verificar-se se tal demonstração é conseguida.

A análise irá variar em função do impedimento que esteja em causa e do respetivo contrato. Por exemplo, a condenação de um operador económico por crime de corrupção não contende com a sua capacidade económica, financeira, técnica ou profissional para proceder a uma correta execução de um contrato, pelo que as medidas apresentadas não devem respeitar a esses aspetos. Perante tal crime, uma vez que a finalidade subjacente ao impedimento é garantir a probidade, integridade e honorabilidade dos operadores económicos, as medidas tomadas devem ter por objeto assegurar essa mesma finalidade.

II.4.2.2 – Não afetação dos interesses que justificam os impedimentos

Não se afigura muito claro qual o real alcance deste critério⁸⁹. A existência de um facto impeditivo constitui um pressuposto normativo de que o interesse justificado pelo impedimento foi presumivelmente afetado. Ora, as medidas de *self-cleaning* não têm por função demonstrar que o interesse protegido não foi afetado, mas antes demonstrar que, apesar de ter existido essa afetação, o operador económico tomou medidas concretas que, por exemplo, impedem a sua repetição ou que corrigem consequências negativas. No entanto, este segundo critério parece regular uma outra hipótese: apesar de, formalmente, o operador económico se encontrar abrangido pelo impedimento, em

⁸⁵ Cfr. Moreira, 2017, p. 129.

⁸⁶ Cfr. Ac. *Michaniki*, § 42.

⁸⁷ Cfr. artigo 57.º, n.º 4, al. c) da Diretiva 2014/24.

⁸⁸ Cfr. Mars, 2016, pp. 253-254.

⁸⁹ A opção do legislador nacional é isolada, não encontrando paralelo nas legislações dos Estados Membros analisadas, que seguem de perto a previsão das Diretivas.

concreto, não existe a afetação de qualquer interesse justificado pelo impedimento, pelo que, em termos materiais, não estará abrangido pelo âmbito de aplicação material da norma impeditiva.

A análise deste critério exige que se compreenda quais os interesses que justificam os impedimentos.

Os impedimentos, em geral, visam assegurar diversos interesses, podendo resumir-se nos seguintes⁹⁰: 1) proteger o erário público na execução de contratos; 2) prevenir que a execução de contratos públicos constitua campo para a ocorrência de crimes que geram um especial receio e preocupação na população, como é o caso da corrupção; 3) promover valores que se consideram relevantes na atividade comercial; 4) assegurar uma concorrência leal entre os operadores económicos; e 5) assegurar uma sanção eficaz contra atividades ilícitas.

Os impedimentos referidos no artigo 55.º-A, n.º 1, als. b) e c) e l) do CCP reportam-se à proteção da honorabilidade profissional dos operadores económicos⁹¹: a condenação de um operador económico por crime que afete a sua honorabilidade profissional ou a aplicação de sanção administrativa por falta grave em matéria profissional⁹² faz suspeitar que o mesmo não oferece garantias técnicas de que poderá executar o contrato cuja adjudicação pretende; do mesmo modo, a existência, no passado, de deficiências significativas ou persistentes na execução de outro contrato público⁹³, tendo originado resolução do contrato por incumprimento, a necessidade de pagar uma indemnização por incumprimento, ou a aplicação de sanções contratuais cujo valor acumulado se situe entre 20% a 30% do preço contratual, faz recear que o operador económico não tenha capacidade para executar um novo contrato. Perante estas situações, o risco de admitir o operador e ele ser o adjudicatário faz com que se promova a sua exclusão, já que a incapacidade real do operador económico para executar um contrato público implica graves prejuízos para o erário público. A honorabilidade profissional dos operadores económicos é suficientemente relevante para justificar a exclusão de quem não apresente garantias suficientes⁹⁴.

Quanto ao impedimento referido no artigo 55.º, n.º 1, al. g) do CCP, está em causa a necessidade de garantir que a utilização de mão-de-obra legalmente sujeita ao pagamento de impostos e contribuições para a segurança social seja declarada. Pretende-se, portanto, promover que os operadores económicos tenham especial atenção à necessidade de inscreverem a mão-de-obra que utilizam. Esta situação impeditiva

⁹⁰ Cfr. Arrowsmith, Priess & Friton, 2009, pp. 270-275.

⁹¹ Cfr. Gonçalves, 2018, pp. 632-640 e Priess, 2014, p. 118.

⁹² De acordo com o TJUE, a falta grave em matéria profissional abrange não só as normas deontológicas, mas também a dignidade e honorabilidade, cfr. *Forposta*, § 27.

⁹³ Estão em causa as denominadas *bad past performances*.

⁹⁴ Cfr. Ac. do TJUE *Michaniki*, § 42.

afigura-se particularmente interessante porque constitui um afloramento da previsão constante do artigo 1.º-A, n.º 2 do CCP e visa assegurar que os operadores económicos cumprem as normas em matéria social e laboral, designadamente através da inscrição dos respetivos trabalhadores⁹⁵.

O último impedimento passível de relevação é o constante no artigo 55.º, n.º 1, al. h) do CCP e que respeita a vários crimes expressamente referidos. O elenco reporta-se à condenação, por decisão transitada em julgado, por determinados ilícitos cuja prática se considera ser de evitar. Desconfia-se que os operadores económicos que já tenham sido condenados por estes ilícitos, ou que integrem, como membro nos seus órgãos administrativos, de direção ou supervisão, pessoa que tenha sido condenada pela sua prática, possam destinar o dinheiro que recebem pela realização dos contratos públicos para prolongar essa atividade ilícita. Assim, com a consequência *inabilitante* para a contratação pública da condenação por condutas ilícitas, ao mesmo tempo uma finalidade punitiva, mas também de promoção de determinados valores⁹⁶.

II.4.2.3 – Elenco exemplificativo

O artigo 55.º-A, n.º 2 refere três exemplos de medidas que preenchem as duas exigências da relevação referidas. Os exemplos consagrados, resultam de situações analisadas pela jurisprudência alemã⁹⁷.

O primeiro exemplo referido é a demonstração de que se ressarcir eventuais danos causados. O ressarcimento do dano, seja pelo pagamento de uma indemnização, seja pelo restabelecimento *in natura* de uma realidade, visa internalizar no próprio agente causador dos efeitos nefastos determinado comportamento: o efeito negativo do dano provocado *desaparece*. No entanto, a existência de danos cuja determinação ainda não está efetuada ou relativa a situações controvertidas não deve repercutir-se negativamente sobre a idoneidade do operador económico, já que o objetivo desta medida é responsabilizar os operadores económicos pelos seus comportamentos, e não anular-lhes a possibilidade de discutirem, designadamente em Tribunal, essas matérias⁹⁸.

O segundo exemplo avançado pelo legislador respeita ao esclarecimento dos factos. Este mecanismo reporta-se à colaboração que o operador económico teve com as autoridades competentes de modo a que sejam apurados os factos relevantes, bem como as respetivas circunstâncias. É referido o conceito de “*colaboração ativa*”. O problema

⁹⁵ Embora não se encontre especificamente elencado nas Diretivas, afigura-se em conformidade com o propósito vertido no considerando 40 e no artigo 18.º, n.º 2 da Diretiva 2014/24.

⁹⁶ A propósito dos crimes de fraude e corrupção, o TJUE admitiu que a prevenção ou repressão constitui um objetivo de interesse geral relevante, cfr. Ac. *Michaniki*, § 59.

⁹⁷ Cfr. Arrowsmith, Priess & Friton, 2009, p. 259.

⁹⁸ Cfr. Moreira, 2017, p. 133 e Harutyunyan, 2016, pp. 474-475.

deste critério é que a análise da intensidade da colaboração nem sempre será fácil de apurar pela entidade adjudicante, não podendo afastar-se, por exemplo, a aplicação de princípios relevantes de direito penal, como a presunção de inocência, ou que tenha de assumir a responsabilidade pelas condutas que são imputadas⁹⁹. No entanto, também não é a simples disponibilidade para responder a questões ou entregar à entidade competente os elementos solicitados que é suficiente para o preenchimento deste critério. O que se valoriza é, pois, a atividade desenvolvida autonomamente pelo operador económico logo que se colocou em causa a prática de infrações ou condutas graves, o que pode passar, por exemplo, pela realização de auditorias¹⁰⁰.

O último exemplo avançado pelo legislador reporta-se à adoção de medidas técnicas, organizativas ou de pessoal com vista a evitar outras infrações. Trata-se da adoção de mecanismo denominados como *compliance*: são medidas de natureza estrutural ou organizacional que se destinam a garantir ou atenuar riscos derivados da atuação, seja dos trabalhadores, seja dos dirigentes, e que visam assegurar não só o cumprimento de normas, mas também que, em caso de infração, seja possível uma eficiente deteção e punição¹⁰¹. Estas medidas podem ser de vária índole e natureza: a adoção de regras e procedimentos, a alteração da arquitetura e organização da própria empresa, a documentação do funcionamento e das comunicações internas e externas, a delimitação de regras claras sobre os âmbitos de competência, a institucionalização de mecanismos de supervisão e punição, ou a adoção de códigos de conduta, definindo *standards* mínimos para os indivíduos e para a organização¹⁰². O objetivo é a contenção de riscos, devendo as medidas adotadas ser abstratamente adequadas e eficazes a evitar que se repitam essas ou outras infrações penais ou faltas graves.

Estes exemplos revelam que as medidas podem ser temporalmente transversais: não só dirigidas ao passado, como por exemplo a reparação de danos, mas também para o futuro, como por exemplo a alteração do funcionamento interno¹⁰³.

II.4.2.4 – Decisão de (não) relevação

O artigo 55.º-A, n.º 3 do CCP prevê que a entidade adjudicante possa tomar a decisão de não relevar o impedimento tendo em consideração as medidas apontadas no n.º 2, bem como a gravidade e as circunstâncias específicas do impedimento.

⁹⁹ Cfr. Moreira, 2017, p. 134.

¹⁰⁰ Cfr. Gonçalves, 2018, p. 675, Moreira, 2017, p. 134 e Arrowsmith, Priess & Friton, 2009, p. 259.

¹⁰¹ Cfr. Vila, 2013, pp. 54-55.

¹⁰² Cfr. Gonçalves, 2018, pp. 675-676, Moreira, 2017, p. 135, Harutynyan, 2016, pp. 460-461, Berini, 2013, pp. 89-91, Mondaca, 2013, pp. 111, 125, Vila, 2013, pp. 55-60, e Arrowsmith, Priess, & Friton, 2009, p. 277.

¹⁰³ Cfr. Arrowsmith, Priess, & Friton, 2009, p. 260.

As Diretivas de 2014¹⁰⁴ fazem referência à gravidade e circunstâncias específicas da infração penal ou falta cometida¹⁰⁵, mas não estabelecem a possibilidade de não relevação por essas razões. Trata-se, na verdade, do critério de avaliação das medidas tomadas. O que o legislador europeu prevê é a necessidade de efetuar uma ponderação entre as medidas que o operador económico apresenta e a gravidade e circunstâncias específicas: aquelas são avaliadas tendo em consideração aspetos como a duração da infração, a recorrência, o impacto financeiro¹⁰⁶ e o grau de culpa do operador económico¹⁰⁷. Quanto mais intensidade tiver a gravidade ou as circunstâncias específicas da infração, mais exigentes devem ser as medidas tomadas pelo operador económico para justificar a admissão por via do mecanismo de *self-cleaning*.

É à luz destes propósitos que deve ser interpretado o artigo 55.º-A, n.º 3 do CCP. Assim, não obstante a utilização da forma verbal “*pode*”, não está em causa uma decisão discricionária, embora não se possa excluir a existência de uma margem de livre apreciação resultante da utilização de conceitos indeterminados¹⁰⁸.

A decisão de relevar um impedimento contende com a admissão de um operador económico apresentar uma proposta e, neste aspeto, a discricionariedade está em direta oposição com os princípios gerais da UE como a igualdade de tratamento, a transparência e a proporcionalidade¹⁰⁹. Dificilmente se poderia configurar a situação em que uma entidade adjudicante pudesse, validamente, optar por excluir ou não um operador económico.

O que o normativo impõe é a necessidade de uma ponderação, estatuinto que alguém que tenha apresentado medidas com vista à relevação de impedimentos não seja admitido quando as mesmas não sejam suficientes. Portanto, o “*pode*” indica à entidade adjudicante que não é o simples facto de ter sido apresentado um requerimento ou declaração a indicar medidas de *self-cleaning* que dita a admissão do operador económico. Não é indicada qualquer abertura a alternativas de escolha com base em critérios de oportunidade, mas antes à existência de critérios normativos que têm de ser preenchidos em função de situações concretas. O artigo 55.º-A do CCP exige, pois, o preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados, a objetivar casuisticamente, mas não atribui às entidades adjudicantes alternativas de decisão válidas. O que se pretende é que a entidade adjudicante tome uma decisão, caso a caso, tendo em consideração os

¹⁰⁴ Cfr. artigo 57.º, n.º 6, § 3 da Diretiva 2014/24.

¹⁰⁵ O direito sancionatório facilita este labor pela própria análise da culpa e das circunstâncias concretas.

¹⁰⁶ Cfr. Moreira J. A., 2017, p. 137, Majtan, 2013, p. 329 e Arrowsmith, Priess & Friton, 2009, p. 259.

¹⁰⁷ O TJUE refere, a propósito da falta grave em matéria profissional, que se deve ponderar a intenção culposa ou a negligência de uma certa gravidade, exigindo uma apreciação concreta e individualizada, cfr. Ac. *Forposta*, §§ 30 e 31. A legislação finlandesa refere este aspeto (cfr. artigo 82.º, 3 da respetiva Lei).

¹⁰⁸ Sobre a distinção entre discricionariedade e conceitos indeterminados, cfr. Paz, 2017, pp. 84-87.

¹⁰⁹ Cfr. Mars, 2016, p. 269.

elementos individuais de cada operador económico e as circunstâncias específicas do caso¹¹⁰.

Dito isto, e afastando-se o campo da pura discricionariedade, é essencial reconhecer a complexidade que o controlo da *suficiência* das medidas tomadas pode assumir, já que as hipóteses normativas deixam espaços de livre apreciação, que implicam uma valoração cognoscitiva que é feita a partir dos factos e da sua interpretação. A decisão das entidades adjudicantes assenta numa ponderação que pode assumir aspetos complexos de natureza técnica ou económica, que não se fique pela mera constatação de factos, exigindo a sua interpretação e valoração.

Consequentemente, um aspeto especialmente relevante nas Diretivas é a exigência expressa de que a decisão sobre as medidas de *self-cleaning* respeite à exposição dos motivos da decisão que considere as medidas tomadas como insuficientes, que permite controlar a ponderação efetuada. O legislador nacional não atribuiu relevância autónoma a este aspeto; no entanto, o dever de fundamentação¹¹¹ neste aspeto é particularmente relevante face aos objetivos do mecanismo, já que mesmo que o operador económico seja excluído, deve ficar a conhecer os aspetos considerados insuficientes, de modo a poder adotar, para futuro, medidas que permitam ultrapassar os receios que sejam assinalados como insuficientemente ultrapassados. A exteriorização da ponderação efetuada torna-se, portanto, muito relevante.

Quando a entidade adjudicante concluir que as medidas não são suficientes, deve manter a exclusão dos operadores económicos impedidos. Quando conclua pela suficiência das medidas, terá de admitir o operador económico no procedimento.

II.5 – Competência para decidir

O legislador não estabeleceu diretamente qualquer norma relativa à competência para apreciar o regime da relevação dos impedimentos. Nos termos dos artigos 146.º, n.º 2, al. c) e 184.º, n.º 2, al. c) do CCP cabe ao júri propor, fundamentadamente, a exclusão das propostas/candidaturas quando se verifique alguma das situações previstas no artigo 55.º. Na ausência de qualquer norma específica sobre este aspeto, afigura-se que caberá ao júri, no âmbito dos seus poderes de apreciar os motivos de exclusão dos candidatos ou concorrentes, apreciar também os mecanismos de relevação que desencadeiem, já que a relevação de um impedimento torna-o ineficaz, e, consequentemente, o operador económico impedido deverá ser admitido. Após o prévio exercício do direito de audiência

¹¹⁰ Cfr. Moreira, 2017, p. 137 e Arrowsmith, 2014, pp. 1293, 1294.

¹¹¹ O cumprimento deste dever resulta de uma imposição geral à Administração, derivando do artigo 268.º, n.º 3 da CRP, e, especificamente, dos artigos 122.º, n.ºs 1 e 2, 124.º, n.º 1, 146.º, n.ºs 1 e 2, 152.º, n.º 1, 184.º, n.º 1 e 186.º, n.º 1 do CCP.

prévia e elaborado o relatório final, caberá ao órgão com competência para contratar a decisão sobre esta matéria.

O legislador nacional deixou, portanto, às autoridades adjudicantes a competência para decidirem caso a caso, no âmbito do próprio procedimento, a exclusão ou admissão das propostas/candidaturas em aplicação do mecanismo do artigo 55.º-A do CCP. As Diretivas previam a possibilidade de se poder instituir uma autoridade a nível central para decidir esta questão¹¹².

Deste modo, em cada procedimento, cada operador económico deve demonstrar as medidas tomadas, o que será analisado por cada entidade adjudicante de modo casuístico em cada procedimento em que pretenda apresentar proposta ou candidatura. Estabeleceu-se, portanto, um modelo descentralizado de apreciação da relevação dos impedimentos, o que exige que o operador económico invoque a relevação em cada concurso público. Alguns sistemas jurídicos adotaram um sistema centralizado de apreciação, havendo uma apreciação para uma pluralidade de procedimentos¹¹³.

O mecanismo instituído apresenta algumas desvantagens face aos sistemas centralizados, ao não permitir uma decisão uniforme para todos os procedimentos, ao exigir que o operador económico em cada procedimento solicite a sua admissão em função de medidas de *self-cleaning*, e ao não permitir que o operador económico saiba, previamente, se vai ou não ser admitido, pelo que terá sempre de apresentar proposta ou candidatura com os custos associados, só posteriormente sabendo se as medidas foram consideradas suficientes¹¹⁴.

Como se referiu, a questão do impedimento e do *self-cleaning* pode ter lugar após ser proferido o ato de adjudicação. Neste caso, se se entender que ocorre caducidade da adjudicação por força da interpretação extensiva do artigo 87-A do CCP, a competência caberá ao órgão competente para a decisão de contratar. Mas, se se entender que a consequência é a ilegalidade do ato de adjudicação, a competência terá de ser da entidade adjudicante. Na maioria das situações, estas competências caberão à mesma entidade. Um outro aspeto reporta-se à não intervenção do júri: ultrapassada a fase procedimental de seleção e graduação das ofertas apresentadas, não há um retrocesso a essa fase, não parecendo justificar-se a intervenção do júri do procedimento, o que é natural, já que a entidade pública já tem uma lista graduada, pelo que, se se verificar que o operador económico colocado em primeiro lugar nem sequer deveria ter sido admitido no procedimento, o que ocorre é que a adjudicação passará para o operador económico graduado no lugar seguinte.

¹¹² Cfr. considerando 102 da Diretiva 2014/24.

¹¹³ Por exemplo, Malta (artigo 199.º da respetiva Lei).

¹¹⁴ Cfr. Moreira, 2017, pp. 140-142 e Gonçalves, 2018, pp. 676-677.

II.6 – Garantias jurisdicionais

A decisão ao abrigo do artigo 55.º-A do CCP constitui uma decisão tomada no âmbito de um procedimento de formação de um contrato, pelo que, independentemente do seu sentido, sempre seguirá a ação de contencioso pré-contratual, regulada nos artigos 100.º e ss. do CPTA, contanto que esteja em causa um contrato a que se aplique tal meio processual urgente. Afinal de contas, o que está verdadeiramente em causa no funcionamento do regime jurídico da relevação dos impedimentos é saber se determinada circunstância deve ou não levar à exclusão do respetivo operador económico, pelo que não existe qualquer fundamento para que a situação não seja apreciada em igualdade de circunstâncias com as demais situações em que se suscitam problemas sobre a admissão ou não de um concorrente ou contrato.

Mesmo quando a decisão é tomada após o ato de adjudicação, ainda assim, não se verifica alteração dos mecanismos de garantia, já que anulado o ato anterior ou declarada a sua caducidade, esta tem como fundamento a exclusão do operador económico do procedimento, visando a adjudicação ao concorrente graduado em segundo lugar.

Como se referiu já, não estamos perante uma decisão fundada num poder discricionário da Administração, pelo que os Tribunais sempre poderão controlar os juízos emitidos pelas entidades adjudicantes, já que respeitam ao preenchimento de conceitos indeterminados¹¹⁵.

A análise das medidas de *self-cleaning* exige uma ponderação casuística e complexa de valoração da suficiência das medidas em função da gravidade do impedimento e das respetivas circunstâncias concretas. O aumento de complexidade leva a que o controlo jurisdicional seja efetuado essencialmente com base numa análise do erro manifesto na apreciação dos factos ou na sua qualificação jurídica, assumindo-se a fundamentação da ponderação efetuada como um elemento central desta análise¹¹⁶. O Tribunal vai sempre poder analisar a veracidade dos factos e a respetiva valoração, recorrendo, se necessário, a critérios probatórios de natureza técnica¹¹⁷.

¹¹⁵ Cfr. Gonçalves, 2018, p. 679 e Paz, 2017, pp. 92-93.

¹¹⁶ Cfr. Paz, 2017, pp. 94-98.

¹¹⁷ Cfr. Paz, 2017, pp. 94-95.

III – Transposição das Diretivas

A comparação entre o artigo 55.º-A do CCP e a correspondente previsão das Diretivas permite perceber que existem alguns aspetos em que a transposição não foi bem conseguida.

III.1 – Impedimentos cuja possibilidade de relevação não está prevista

Uma análise comparativa entre as previsões nacionais e as europeias permite facilmente perceber que o âmbito de aplicação do mecanismo de *self-cleaning* é mais extenso nas Diretivas¹¹⁸ do que a consagração prevista no artigo 55.º-A do CCP. O legislador europeu prevê, para além das situações já referidas, que um operador económico possa também ser admitido no procedimento não obstante a verificação dos motivos de exclusão elencados no artigo 55.º, n.º 1, als. a), i), j) e k). Portanto, as seguintes situações, à luz das Diretivas, deveriam ser igualmente passíveis de relevação: 1) insolvência, liquidação, dissolução ou cessação ou sujeição a meio preventivo de liquidação de patrimónios ou situação análoga; 2) prestação de acessória ou apoio técnico na preparação e elaboração de peças procedimentais que confirmam vantagens que falseiem as condições normais de concorrência; 3) influência indevida sobre a decisão de contratar, obtenção de informações confidenciais suscetíveis de conferir vantagens indevidas ou a prestação de informações erróneas; 4) existência de conflito de interesses que não possa ser eficazmente corrigido por medidas menos gravosas, como, por exemplo, a substituição de membros do júri ou peritos ou a instituição de sistemas de reconfirmação de análises, apreciações ou aferições ou proibição de concorrer a determinado aspeto do contrato.

Relativamente à insolvência, afigura-se que a possibilidade de um operador económico insolvente ou sujeito a meio preventivo de liquidação de património ou situação análoga se apresentar a um procedimento de contratação pública por via do artigo 55.º-A, n.os 2 e 3 do CCP deveria estar prevista¹¹⁹. A insolvência constitui um processo especial que visa, através de uma execução genérica e total de todo o património, satisfazer o direito de todos os credores de um mesmo devedor¹²⁰. Uma das consequências naturais da insolvência das pessoas coletivas será a sua dissolução¹²¹. No entanto, o legislador não poderia ter ignorado a possibilidade de uma sociedade

¹¹⁸ Cfr. artigo 57.º, n.os 2, § 3 e 6 da Diretiva 2014/24.

¹¹⁹ Cfr. Pação, 2016, p. 168.

¹²⁰ Cfr. Leitão, 2015, pp. 17-20.

¹²¹ Cfr. artigos 182.º, n.º 1, al. c) CC, 192.º, n.º 1, al. c) do CC, 1007, al. c) do CC 141.º do CSC, 234.º, n.º 3 do CIRE.

declarada insolvente poder regressar à atividade após o encerramento do processo¹²². A declaração de insolvência é anterior ao plano de insolvência¹²³, tendo os credores ampla liberdade de estipulação do conteúdo do plano de insolvência¹²⁴, o que tem relevância para a definição da continuidade ou não da empresa, que é inviabilizada pela impossibilidade de se demonstrar que o estado de insolvência não impossibilita a realização do contrato. E mesmo no caso da insolvência declarada na pendência da execução de um contrato, o CIRE prevê a possibilidade de a sua execução continuar¹²⁵. Ou seja, o legislador inviabiliza a possibilidade de um operador económico poder demonstrar que tem condições para executar o contrato, não obstante a sua situação de insolvência. O legislador ignora ainda que, para um operador económico que tenha a totalidade ou grande parte da sua atividade no fornecimento de bens e serviços públicos, a adjudicação de um contrato, havendo meios e garantias para o executar, pode significar a saída da situação de insolvência, sendo que não é possível ignorar que um tal operador económico pode, inclusivamente, ter a sua situação de insolvência provocada pelas próprias entidades públicas em função de atrasos de pagamento e a inexistência de mecanismo célere de os executar. Por outro lado, o TJUE tem referido que não é necessário que a entidade que se apresente num procedimento concursal esteja em condições de realizar diretamente a prestação contratual, sendo suficiente que ofereça garantias para a executar, designadamente através de terceiros¹²⁶.

Quanto aos demais impedimentos que ficaram excluídos do âmbito de aplicação do artigo 55.º-A do CCP, afigura-se também não existir qualquer fundamento para não estar prevista a possibilidade de relevação. Aliás, a existência de práticas que possam colocar em causa a igualdade entre os operadores económicos e a concorrência pode ser um dos campos mais férteis para implementação de medidas de *self-cleaning*, já que contendem com o direito da concorrência, que goza de amplo desenvolvimento, análise e estudo¹²⁷. Como se referiu, o mecanismo de *self-cleaning*, enquanto incentivo, possibilita que as medidas tomadas possam repercutir-se apenas sobre situações no futuro, como é o caso de medidas de natureza organizacional, ou seja, a tomada de medidas não tem necessariamente de corrigir ou eliminar a situação impeditiva, ocorrida no passado, considerando-se o seu incentivo para tornar aquela situação impeditiva mais difícil de se tornar a verificar no futuro.

¹²² Cfr. Leitão, 2015, p. 161.

¹²³ Cfr. artigo 192.º, n.º 1 do CIRE.

¹²⁴ Cfr. Leitão, 2015, p. 265.

¹²⁵ Cfr. artigo 102.º do CIRE.

¹²⁶ Cfr. Ac. *Ordine degli Architetti*, §§ 90 a 92.

¹²⁷ Cfr. Carvalho, 2017, p. 101, Sampaio, 2013, pp. 509-512 e Oliveira & Oliveira, 2011, pp. 184-185.

A questão que necessariamente se suscita é a de saber se as normas das Diretivas relativas ao mecanismo de *self-cleaning* têm efeito direto¹²⁸. Afigura-se que sim. O mecanismo é estruturado com uma possibilidade oferecida aos operadores económicos que se encontrem em situações impeditivas, afastando, portanto, a aplicação do efeito jurídico de exclusão do procedimento, o que permite fazer funcionar o princípio da proporcionalidade e alargar a concorrência. É verdade que se prevê a necessidade de os Estados Membros adotarem medidas; no entanto, estas não se reportam à possibilidade oferecida em abstrato aos operadores económicos, mas antes a condições procedimentais de aplicação¹²⁹. Afigura-se, portanto, que as normas das Diretivas, no que respeita à possibilidade de os operadores económicos invocarem medidas que tomaram com vista a afastar a exclusão do procedimento, constituem, enquanto concretização do princípio da proporcionalidade, disposições incondicionais e suficientemente precisas, que contêm toda a disciplina necessária à constituição do direito que atribuem aos operadores económicos, pelo que gozam de efeito direto, o que significa que a menor abrangência do direito nacional constitui uma violação do dever de transposição das Diretivas, estando sujeito ao dever de interpretação conforme¹³⁰.

Afigura-se que é possível compaginar a consagração legal com as disposições das diretivas, através do princípio da proporcionalidade.

Os princípios exercem inúmeras funções no ordenamento jurídico, das quais se destacam três: como critério de decisão normativo, em que o princípio é tomado como elemento de regulação direta; como critério de afastamento da aplicação de uma regra que com ele seja desconforme ou incompatível; e como elemento interpretativo, que permite densificar a aplicação de uma regra e os critérios e pressupostos da sua previsão¹³¹.

Os motivos de exclusão, enquanto elementos restritivos do acesso ao mercado da contratação pública, devem ser interpretados em função do princípio da proporcionalidade¹³². Este princípio não é apenas um princípio de Direito Europeu, estando também consagrado no artigo 266.º, n.º 2 da Constituição e 5.º, n.º 2 do CPA. E é importante notar que, com a introdução do artigo 1.º-A, n.º 1 do CCP, o princípio da proporcionalidade passou também a integrar o âmbito dos princípios especificamente aplicáveis na contratação pública, a par dos princípios da transparência, da igualdade e da concorrência, pelo que o princípio da proporcionalidade passou a ser também um

¹²⁸ Cfr. Craig & Búrca, 2015, pp. 200-222 e Schütze, 2015, pp. 95-109.

¹²⁹ O TJUE já considerou que o facto de haver margem de apreciação na adoção de medidas de aplicação de uma disposição europeia não afeta o carácter preciso e incondicional da norma, cfr. Ac. *Pfeiffer*, § 105.

¹³⁰ Cfr. Ac. do TJUE, *Deutsche Lufthansa*, §§ 52 a 56.

¹³¹ Cfr. Oliveira R. E., 2008, pp. 52-54 e 63-65.

¹³² Cfr. Arrowsmith, 2014, p. 1243 e Arrowsmith, Priess & Friton, 2009, pp. 267-268.

princípio estrutural da contratação pública nacional, pelo que quando se proponha a exclusão de um operador económico, este não poderá deixar de ter relevância e aplicação.

No âmbito da contratação pública, o princípio da proporcionalidade exige que se tenham em consideração a função e objetivos das normas e não se tomem medidas restritivas da concorrência sem justificação suficiente e adequada para o efeito¹³³.

Deste modo, os impedimentos cuja possibilidade de relevação não está prevista no direito interno, por não existir remissão no artigo 55.º-A do CCP para as alíneas a), i), j) e k) do n.º 1 do artigo 55.º, devem ainda assim ser alvo de cuidada ponderação de medidas de *self-cleaning* ao abrigo do princípio da proporcionalidade, devendo admitir-se os operadores económicos quando, fruto dessa ponderação, se constata a existência de medidas concretas suficientes para demonstrar a sua *fiabilidade*.

III.2 – Exigência de garantia no âmbito do artigo 55.º-A, n.º 1 do CCP

Um outro aspeto em que se afigura que as Diretivas não estão bem transpostas respeita ao artigo 55.º-A, n.º 1 do CCP, na ausência de qualquer definição específica do que se deve entender por “*regimes de regularização*”, que parece indicar que se deve ir à definição legal de “*regularização tributária*” prevista no artigo 177.º-A do CPPT. No entanto, as Diretivas fazem assentar esta relevação no pagamento ou na celebração de acordo vinculativo¹³⁴. Por exemplo, um acordo de pagamento em prestações é um acordo vinculativo, mas só se considera constituir uma regularização da dívida se for prestada garantia¹³⁵, o que significa que uma interpretação restritiva dificilmente se compagina com as exigências das Diretivas, que permitem o acesso ao procedimento de quem tenha um acordo vinculativo, nada referindo quanto à necessidade de prestação de garantia, pelo que o artigo 55.º-A, n.º 1 do CCP, de modo a poder ter uma leitura conforme ao direito europeu, deve ser interpretado tendo em vista que o objetivo é permitir que operadores económicos que tenham uma situação fiscal não regularizada (não paga) tenham acesso aos procedimentos de formação de contratos quando demonstrem que entretanto pagaram, ou que aderiram a um regime com vista à regularização da dívida, tenham ou não prestado garantia¹³⁶.

Repare-se que a disposição em causa prevê um efeito de não aplicação do impedimento, ou seja, um efeito negativo que obsta à exclusão, pelo que também se afigura ter efeito direto, devendo o respetivo artigo 55.º-A, n.º 1 do CCP ser objeto de

¹³³ Cfr. Fariñas, 2017, pp. 388-389 e Oliveira R. E., 2008, p. 104.

¹³⁴ Cfr. artigo 57.º, n.º 2, § 3 da Diretiva 2014/24.

¹³⁵ Cfr. artigos 196.º e 198.º do CPPT.

¹³⁶ Nesta medida, o artigo 177.º-B do CPPT deve considerar-se revogado quando estejam em causa contratos a que se aplique o CCP.

uma interpretação conforme, de modo a que o efeito jurídico não esteja condicionado pela prestação de uma garantia para ser eficaz.

Conclusão

Analisado o regime jurídico da relevação dos impedimentos, é de formular as seguintes conclusões:

1) O regime estabelecido, inovatoriamente, no artigo 55.º-A do CCP permite aos operadores económicos afastarem o efeito jurídico de exclusão produzido pela verificação de alguma das circunstâncias impeditivas elencadas no artigo 55.º.

2) A expressão utilizada para designar este mecanismo, “*relevação dos impedimentos*”, não foi especialmente feliz por não traduzir o seu real sentido ou alcance.

3) O legislador português adotou um regime homogéneo de impedimentos, traduzindo, quer para as causas de exclusão obrigatórias, quer para as facultativas, a obrigação de excluir, o que torna relevante o regime jurídico de *self-cleaning* para introduzir flexibilidade e dinamismo.

4) A *ratio legis* do regime assenta em dois aspetos: (1) garantir a proporcionalidade e a igualdade; e (2) incentivar a que os operadores económicos adotem práticas responsáveis, seja internalizando prejuízos que provocaram, seja adotando comportamentos que visam diminuir os riscos ligados à atividade desenvolvida.

5) O impedimento resultante da aplicação de uma sanção acessória de proibição de participação em procedimentos de formação de contratos públicos em momento algum pode ser objeto de relevação.

6) O legislador nacional prevê a possibilidade de aplicação do artigo 55.º-A, n.º 1 às situações de existência de dívidas de impostos ou contribuições para a segurança social, estabelecendo um regime específico assente na regularização da dívida, o que permite acolher regularizações posteriores à data em que foi apresentada a proposta/candidatura.

7) Consagrou também um regime que se aplica aos impedimentos relativos às seguintes situações: 1) condenação por crime que afete a honorabilidade profissional; 2) sanção por falta grave em matéria profissional; 3) utilização de mão-de-obra não declarada; 4) condenação por crimes ligados a organização criminosa, corrupção, fraude, branqueamento de capitais, terrorismo, trabalho infantil ou tráfico de seres humanos; e 5) resolução de contrato público anterior ou aplicação de sanções, ambas por incumprimento, em resultado de deficiências significativas e persistentes na sua execução.

8) A relevação de impedimentos depende da prévia constatação da existência de um impedimento, pelo que a sua utilização pelos operadores económicos pode ocorrer no momento em que é apresentada a proposta/candidatura e tenham conhecimento de algum impedimento, ou no âmbito do exercício do direito de audiência prévia quando confrontados com a intenção da entidade adjudicante os excluir pela verificação de um impedimento, ou mesmo já depois do ato de adjudicação, quando só aí, em face da necessidade de habilitação, o mesmo seja constatado.

9) O regime estabelecido no artigo 55.º, n.º 2 depende da ponderação concreta e casuística dos vários factos, sendo o critério normativo de decisão a *suficiência* das medidas para demonstrar a sua idoneidade para a execução do contrato, bem como a não afetação dos interesses que justificam os impedimentos.

10) O primeiro aspeto corresponde ao critério de *fiabilidade* usado das Diretivas.

11) O segundo não corresponde a qualquer consagração das Diretivas, não sendo fácil perceber de que forma se pretende a sua aplicação, já que parece ser contrário às finalidades do próprio mecanismo de *self-cleaning*.

12) A par do critério normativo referido é ainda estabelecido um critério de avaliação ou ponderação: exige-se que a avaliação da suficiência das medidas tenha em consideração a gravidade e circunstâncias específicas dos impedimentos.

13) Na ausência de norma expressa, a competência para decidir a relevação dos impedimentos pode caber à entidade adjudicante, na fase do procedimento, ou, posteriormente, à própria entidade competente para contratar.

14) O meio de reação contra as decisões de avaliação de medidas de *self-cleaning* é a ação de contencioso pré-contratual, exigindo-se um controlo especialmente cuidadoso em face da complexidade e juízos de natureza técnica e económica, já que o mecanismo assenta em conceitos jurídicos indeterminados.

15) As Diretivas não foram integralmente transpostas, seja porque não se prevê a possibilidade de relevar impedimentos que o legislador europeu prevê, sem que exista fundamento material para a não consagração de tal possibilidade, seja porque parece exigir-se garantia para a relevação de dívidas fiscais ou à segurança social.

16) As disposições relativas aos mecanismos de *self-cleaning* gozam de efeito direto, exigindo uma aplicação conforme, a qual é possível por efeito do princípio da proporcionalidade que tem consagração expressa no ordenamento jurídico interno.

Bibliografia

- AAVV. (1996). Grande Dicionário da Língua Portuguesa, vol. II. Bertrand Editora.
- AAVV. (2001). Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa, vol. II. Verbo.
- ALMEIDA, J. A. & SÁNCHEZ, P. F. (2016). Comentários ao anteprojeto de revisão do Código dos Contratos Públicos. Retirado de http://www.servulo.com/xms/files/oo_SITE_NOVO/o1_CONHECIMENTO/o2_LIVROS_ARTIGOS_CIENTIFICOS/2016/Livros/Comentarios_ao_Anteprojeto_de_Revisao_do_Codigo_dos_Contratos_Publicos.pdf.
- AMARAL, D. F. (2011). Curso de direito administrativo, vol. II, 2.^a Edição. Almedina.
- ARROWSMITH, S. (2014). The law of public and utilities procurement, vol. I, 3.^a Edição. Sweet & Maxwell.
- ARROWSMITH, S., PRIESS, H.-J. & FRITON, P. (2009). Self-cleaning as a defense to exclusions for misconduct: An emerging concept in EC public procurement law? Public Procurement Law Review, pp. 257-282.
- BERINI, A. G. (2013). Autoregulación empresarial, ordenamiento jurídico y derecho penal. Pasado, presente y futuro de los límites jurídico-penales al libre mercado y a la libertad de empresa. In Sánchez, J.-M. S., Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas, pp. 77-110. Atelier.
- CARANTA, R. (2012). I contratti pubblici, 2.^a Edição. G. Giappichelli Editore.
- CARANTA, R. & RICETTO, S. (2016). On self-cleaning. In Burgi, M., Trybus, M. & Treumer, S., Qualification, selection and exclusion in EU procurement, pp. 275-301. DJOF.
- CARVALHO, M. M. (2017). O risco de colusão em contratação pública: A intervenção da autoridade da concorrência e a revisão do Código dos Contratos Públicos. In Gomes, C. A., Pedro, R., Serrão, T. & Caldeira, M., Comentários à revisão do Código dos Contratos Públicos, pp. 89-115. AAFDL.
- CRAIG, P., & BÚRCA, G. (2015). EU Law: Text, cases, and materials, 6.^a Edição. Oxford.
- DÍAZ, J. M. (2017). Los conflictos de interés tras las directivas de contratación de 2014. In Feliu, J. M., Observatorio de los contratos públicos 2016, pp. 469-487. Aranzadi.
- FARIÑAS, B. G. (2017). El principio de proporcionalidade como parámetro de interpretación y control em materia de contratación pública. In Feliu, J. M., Observatorio de los contratos públicos 2016, pp. 387-404. Aranzadi.
- GONÇALVES, P. C. (2018). Direito dos contratos públicos, vol. 1, 2.^a Edição. Almedina.
- GRAELLS, A. S. (2014). Exclusion, qualitative selection and short-listing in the new Public Sector Procurement Directive 2014/24. In AAVV, Modernising public procurement, pp. 97-129. DJOF Publishing.
- HARUTYNYAN, S. (2016). Risk and expectation in exclusion form public procurement: understanding market access and harmonization between the European Union and the United States. Public Contract Law Journal, pp. 449-477.
- LEITÃO, L. M. (2015). Direito da insolvência, 6.^a Edição. Almedina.

MAJTAN, R. (2013). The self-cleaning dilemma: Reconciling competing objectives of procurement processes. *George Washington International Law Review*, pp. 291-347.

MARS, S. D. (2016). Exclusion and self-cleaning in article 57: Discretion at the expense of clarity and trade? In Ollykke, G. S. & Sanchez-Graells, A., *Reformation or deformation of EU public procurement rules*, pp. 253-373. Edward Elgar.

MONDACA, I. N. (2013). Los códigos de conducta y el derecho penal económico. In Cánchez, J.-M. S., *Criminalidad de empresa y compliance: Prevención y reacciones corporativas*, pp. 111-129. Atelier.

MOREIRA, J. A. (2017). A relevação dos impedimentos no Código dos Contratos Públicos. Retirado de <https://e-publica.pt/v4n2/pdf/Vol.4-N%C2%BA2-Art.06.pdf>.

OLIVEIRA, M. E. & OLIVEIRA, R. E. (2011). Concursos e outros procedimentos de contratação pública. Almedina.

OLIVEIRA, R. E. (2008). Os princípios gerais da contratação pública. In Gonçalves, P. C., *Estudos de contratação pública*, vol. I, pp. 51-113. Almedina.

PAÇÃO, J. (2016). Novidades na tramitação dos procedimentos: Causas de exclusão de propostas, impedimentos, preço ou custo anormalmente baixo e preço base. In *A revisão do Código dos Contratos Públicos*, pp. 159-201. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

PAZ, J. C. (2017). El control judicial de la discrecionalidad administrativa. *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 186, pp. 83-108.

PRIESS, H.-J. (2014). The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive. *Public Procurement Law Review*, pp. 112-123.

SAMPAIO, R. (2013). Distorções da concorrência na participação em procedimentos de contratação pública. In Gonçalves, P. C., *Estudos de contratação pública*, vol. IV, pp. 487-536. Coimbra Editora.

SCHÜTZE, R. (2015). *European Union law*. Cambridge.

TREPTE, P. (2010). *Public procurement in the EU: A practitioner's guide*, 2.^a Edição. Oxford.

VILA, I. C. (2013). ¿Programas de cumplimiento como forma de autoregulación regulada? In Sánchez, J.-M. S., *Criminalidad de empresa y compliance: Prevención y reacciones corporativas*, pp. 43-76. Atelier.

WETZEL, A. L. (2015). How companies can “self-clean” corruption, thanks to EU reforms. *FCPA Update*, n.º 7, pp. 21-25.

Jurisprudência

TJUE¹³⁷

– *Assitur*, C- 538/07, de 19.05.2009, ECLI:EU:C:2009:317.

– *Bayerischer Rundfunk*, C-337/06, de 13.12.2007, ECLI:EU:C:2007:786.

¹³⁷ A jurisprudência indicada é acessível através do site <https://curia.europa.eu>.

- *Brasserie du Pêcheur*, C-46/93 e C-48/93, de 05.03.1996, ECLI:EU:C:1996:79.
- *Comissão/Espanha*, C-71/92, de 17.11.1993, ECLI:EU:C:1993:890.
- *CoNISMa*, C-305/08, de 23.12.2009, ECLI:EU:C:2009:807.
- *Conorzio Stabile*, C-358/12, 10.07.2014, ECLI:EU:C:2014:2063.
- *Dassonville*, 8-74, de 11.07.1974, ECLI:EU:C:1974:82.
- *Deutsche Lufthansa*, C- 109/09, de 10.03.2011, ECLI:EU:C:2011:129.
- *Ekro*, 327/82, de 18.01.1984, ECLI:EU:C:1984:11.
- *Forposta*, C-465/11, de 13.12.2012, ECLI:EU:C:2012:801.
- *Francovich*, C-6/90 e C-9/90, de 19.11.1991, ECLI:EU:C:1991:428.
- *Frigerio Luigi*, C-357/06, de 18.12.2007, ECLI:EU:C:2007:818.
- *Michaniki*, C-213/07, de 16.12.2008, ECLI:EU:C:2008:731.
- *Ordine degli Architetti*, C-399/98, de 12.07.2001, ECLI:EU:C:2001:401.
- *Pfeiffer*, C- 397/01 a C- 403/01, de 05.10.2004, ECLI:EU:C:2004:584.

STA¹³⁸

- 30.02.2013, Proc. 01257/12.
- 30.01.2013, Proc. 01123/12.
- 20.06.2012, Proc. 0330/12.
- 11.01.2011, Proc. 0851/10.

Legislação estrangeira:

Bélgica:

– *Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics*

<http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2016/06/17/2016021053/justel>

[26.04.2018,18:00].

– *Loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession:*

<http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2016/06/17/2016021052/justel>

[26.04.2018,18:00].

– *Arrêté Royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques:*

http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&table_name=loi&cn=2017041810 [26.04.2018,18:00].

– *Arrêté Royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession:*

<http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/arrete/2017/06/25/2017203461/justel>

[26.04.2018,18:00].

¹³⁸ A jurisprudência indicada encontra-se acessível através do site www.dgsi.pt.

Bulgária:

– Lei n.º 13 de 16.02.2016:

http://europam.eu/data/mechanisms/PP/PP%20Laws/Bulgaria/Bulgaria_Public_Procurement_Act_2016_EN.pdf (versão em inglês) [26.04.2018, 18:00].

Dinamarca:

– Lei n.º 1564 de 15.12.2015:

http://europam.eu/data/mechanisms/PP/PP%20Laws/Denmark/Denmark_Public_Procurement_Act_no_1564_of_15_December%202015_DK.pdf (versão em inglês) [26.04.2018, 18:00].

Espanha:

– Ley 9/2017, de 8 de noviembre:

http://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=031_Codigo_de_Contratos_del_Sector_Publico&modo=1 [26.04.2018, 18:00].

Finlândia:

– Lei n.º 1397/2016:

http://europam.eu/data/mechanisms/PP/PP%20Laws/Finland/Finland_Public_Procurement_and_Licensing_Act_2016%20EN.pdf (versão em inglês) [26.04.2018, 18:00].

França:

– *Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics:*

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000030920376&dateTexte=20180423> [26.04.2018, 18:00].

Irlanda:

– *S.I. n.º. 284/2016 - European Union (Award of Public Authority Contracts) Regulations 2016:*

<http://ogp.gov.ie/s-i-no-284-of-2016-european-union-award-of-public-authority-contracts-regulations-2016/> [26.04.2018, 18:00].

Itália:

– *Codice dei contratti pubblici:*

http://europam.eu/data/mechanisms/PP/PP%20Laws/Italy/Italy_Decreto%20Legislativo%2050%2018%20April%202016_IT.pdf [26.04.2018, 18:00].

Malta:

– Regulamentação da Contratação Pública:

http://europam.eu/data/mechanisms/PP/PP%20Laws/Malta/Malta_Legal%20Notice%20352-2016%20Public%20Procurement%20Regulations_EN.pdf (versão em inglês)
[26.04.2018, 18:00].

Reino Unido:

– *The Public Contracts Regulations 2015*:

<http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2015/102/contents/made> [26.04.2018, 18:00].

Outros elementos úteis**COM(2011) 15 final**

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0015&from=EN>

COM/2011/0896 final

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0896&from=PT>

COM/2011/0897 final

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0897&from=PT>

COM(2017) 370 final

<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/PT/COM-2017-370-F1-PT-MAIN-PART-1.PDF>

A “Partilha em Vida” e a Inoficiosidade
Um pacto sucessório renunciativo legalmente admitido?

Maria Carvalho e Lemos

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

Agradecimentos

Uma palavra de agradecimento à minha orientadora, Doutora Rita Lobo Xavier, pela orientação, pelos ensinamentos e pela disponibilidade.

Aos meus pais, pelo exemplo, pela educação, pelo apoio incondicional, por serem guias e mestres e pelo amor imenso.

À minha irmã Inês, pelo acompanhamento permanente, pelo orgulho que tenho nela e pelo orgulho que me permitiu sentir quando estive deste lado. Que sintas o mesmo orgulho em mim agora.

À minha restante família, por serem a âncora, o suporte e o escape de todos os momentos.

Aos meus amigos e companheiros de faculdade, que comigo percorreram este caminho que, sem eles, não teria chegado ao fim.

Às minhas amigas e amigos, por serem ouvintes, diversão e companheirismo. Por acreditarem em mim quando a confiança desvanece.

A todos os professores de quem fui aluna e aprendiz, por me terem ensinado e enriquecido tanto, e pelas palavras que levo, tantas, para a vida.

A todos os que passaram por mim ao longo deste percurso, que me encorajaram, apoiaram e, de alguma maneira, contribuíram para aqui chegar.

Obrigada.

Resumo

A relevância sucessória das liberalidades realizadas ao longo da vida pelo *de cuius* expressa-se em vários aspetos da mecânica da sucessão legítima. Como liberalidade que é, a “partilha em vida” comunga desta mesma relevância. Todavia, apesar de se tratar de uma verdadeira doação, reveste-se de determinadas particularidades, expressas nas exigências legais para a sua validade, como o consentimento de todos os herdeiros legítimos e a obrigação de pagamento de tornas, que reclamam uma análise específica no sentido da articulação dos institutos típicos da sucessão legítima e da “partilha em vida”.

De entre os diferentes institutos, a redução das liberalidades inoficiosas assume o protagonismo pelo seu carácter aparentemente irrenunciável e pela controvérsia que rodeia a sua conjugação com a “partilha em vida”.

A indagação relativa à sujeição das doações integradas na “partilha em vida” à redução por inoficiosidade traz consigo a discussão da presença de uma renúncia dos herdeiros legítimos a este direito e, conseqüentemente, da identificação de um pacto sucessório renunciativo no ordenamento jurídico português.

Palavras-chave: liberalidades; “partilha em vida”; redução por inoficiosidade; pacto sucessório; herdeiros legítimos.

Abstract

Donations made by individuals in life have an extremely relevant role in the context of forced heirship. As a liberality, “live partitions” assume the same relevance as all donations in general in this type of succession. However, despite being a true donation, “live partitions” have certain specificities, expressed in the legal requirements for their validity, such as the agreement of all the forced heirs and the obligation of payback. These specific features show us the need to make a particular analysis of the articulation between the typical institutes of forced heirship and “live partition”.

Among these different figures, the reduction of non-officious liberalities plays an important role given its apparently irrevocable character and the controversy surrounding its combination with “live partition”.

“Live partitions” being subject to reductions of liberalities for “non-officiousness” brings about the discussion of the existence of a waiver on the part of forced heirs regarding this right and, consequently, of the presence of a succession renunciation agreement in the Portuguese legal order.

Keywords: liberalities; “live partitions”; reduction of liberalities; succession agreement; forced heirs; testate partible inheritance.

Lista de siglas e abreviaturas

Art./Arts.	Artigo(s)
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
CC	Código Civil Português
Cfr.	Confrontar
cit.	Citado
CRP	Constituição da República Portuguesa de 1976
p./pp.	Página(s)
RFDUSP	Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
RN	Revista do Notariado
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil
ss.	Seguintes
<i>Vd</i>	<i>Vide</i>
vol.	Volume

Advertências

Os preceitos legais citados sem indicação da origem reportam-se ao Código Civil português de 1966.

ÍNDICE

Introdução	6
Capítulo I: A “partilha em vida”	7
1. Enquadramento histórico	7
2. Os traços gerais da impropriamente denominada “partilha em vida”	8
3. O regime jurídico da “partilha em vida”	10
4. Os sujeitos da “partilha em vida”	11
4.1. A não intervenção de um herdeiro legítimo	12
5. Breve referência à “partilha em vida” numa perspetiva de direito comparado	14
6. A natureza jurídica da “partilha em vida”	16
Capítulo II: As particularidades da “partilha em vida” no âmbito da sucessão legítima	20
1. Exposição do problema	20
2. A Articulação da “partilha em vida” com o regime da sucessão legítima	21
2.1. A forma de cálculo da herança segundo o artigo 2162º	21
2.2. A vertente qualitativa da intangibilidade da legítima	22
2.3. A colação	23
2.4. A redução por inoficiosidade	26
Capítulo III: A renúncia à redução das liberalidades inoficiosas que integram a “partilha em vida” como um pacto sucessório renunciativo	28
1. A redução das liberalidades inoficiosas na “partilha em vida”	28
1.1. A renúncia à redução das liberalidades inoficiosas subjacente à “partilha em vida”	28
1.2. O caso específico do herdeiro legítimo superveniente	31
2. Qualificação da renúncia à redução das liberalidades inoficiosas integrada na “partilha em vida” como um pacto sucessório renunciativo	34
Conclusão	37
Bibliografia	39

Introdução

As diretrizes da reforma sucessória reclamada por parte da doutrina portuguesa passam hoje pela ampliação da liberdade de dispor em vida e pela flexibilização da proibição dos pactos sucessórios de forma a proporcionar uma adaptação do direito sucessório às novas formas de riqueza, possibilitando aos sujeitos a manutenção da unidade das explorações familiares ou a faculdade de acorrer a necessidades atuais do autor da sucessão.

Esta pressão reformista abala os dogmas da proibição dos pactos sucessórios e abre espaço à indagação sobre a consagração não expressa de outras exceções à proibição da sucessão contratual do artigo 2028º CC e sobre a admissibilidade de outros pactos sucessórios no ordenamento jurídico português, para além dos pactos sucessórios designativos permitidos pelo artigo 1700º CC.

É esta indagação que se verifica quanto à “partilha em vida”. A incerteza quanto ao destino dos bens para o período *post mortem* constitui uma preocupação para todos os indivíduos que desejam destinar o seu património a um fim específico ou garantir a continuidade deste dentro do seio familiar sem que seja afetado pelas fragmentações naturalmente decorrentes da partilha sucessória. A consagração legislativa do instituto da “partilha em vida” surgiu desta necessidade de conferir aos sujeitos um meio de garantir, em vida, a concretização daqueles propósitos em consonância com a vontade de quem dispõe dos bens, através da realização de uma ou de um conjunto de doações aos herdeiros legitimários.

A relevância sucessória das doações, no âmbito da sucessão legitimária, é conhecida por todos os que se debruçam sobre o direito das sucessões. Todavia, as particularidades da “partilha em vida”, expressas na sua inserção sistemática, na igualdade alcançada através da obrigação do pagamento das tornas e na exigência da intervenção de todos os herdeiros legitimários, originam discussões que outras liberalidades não despertam e reclamam uma análise que a generalidade das doações não demanda. Esta análise é exigida pela necessidade e relevância, para uma correta interpretação do instituto, da articulação da “partilha em vida” com todos os mecanismos típicos da sucessão legitimária.

Contudo, é fundamental uma maior incidência num mecanismo que, pelas suas características e dificuldade de compatibilização, merece protagonismo reforçado: a redução das liberalidades inoficiosas. Nesta maior incidência reside a intenção de descortinar a possibilidade de as doações integradas na “partilha em vida” não serem sujeitas à redução por inoficiosidade, atendendo às próprias especificidades que a figura apresenta.

A não sujeição da “partilha em vida” à redução por inoficiosidade traduz um pacto sucessório e a tendência em sustentar que, como em todas as liberalidades, se mantém a possibilidade de estas doações serem reduzidas por inoficiosidade. Nasce do preconceito contra os pactos sucessórios e do receio de que o legislador tenha aberto mais uma exceção ao princípio da sua proibição, que não teve expressa consagração legal e que permitiu, no ordenamento jurídico português, não só o pacto sucessório designativo, mas também o pacto sucessório renunciativo. O entendimento de que a “partilha em vida” integra um pacto sucessório e constitui uma exceção à proibição da sucessão contratual permite tornar a efetivação da “partilha em vida” num ato muito mais eficaz, eliminando posteriores discussões que eventualmente surgiriam após a morte do disponente, e pode ainda dar o mote para a discussão em torno da flexibilização da proibição da sucessão contratual que se difunde, nos dias de hoje, um pouco por todos os ordenamentos jurídicos onde existe alguma modalidade sucessória com as características da nossa sucessão legitimária.

I. A partilha em vida

1. Enquadramento histórico

Assentes na ideia de conservação da unidade do património familiar, as origens da “partilha em vida” remontam ao direito romano, onde era frequente, nos casos em que o património dos ascendentes tinha, na sua composição, uma empresa familiar, que se procedesse à partilha antecipada dos bens de forma a evitar a fragmentação do negócio e garantir que este seria continuado pelo descendente que fosse considerado mais capaz¹.

Vários ordenamentos, ao reconhecerem a necessidade e as vantagens que esta divisão do património traria, vieram consagrar figuras equivalentes.

Em terras lusitanas, nem a “partilha em vida”, assim impropriamente denominada, nem outra figura equivalente foram consagradas até 1930, quando foi pela primeira vez prevista com a revisão do Código Civil². No entanto, mesmo antes de encontrar acolhimento na legislação em vigor, o recurso a este instituto era frequente, principalmente nas regiões do Minho e do Alentejo³, onde se concentrava a maioria das produções agrícolas. Os agricultores da época queriam assegurar a unidade da sua

¹ Sobre as origens históricas da “partilha em vida”, Barreiros, 1977, pp. 599-609.

² Revisão operada pelo Decreto n.º 19126, de 15.12.1930, que acrescentou ao então artigo 2170º do Código Civil um 6º § que estabelecia que “No ato das doações ou posteriormente pode, com intervenção de todos os interessados, fixar-se em documento autêntico o valor dos bens doados e a parte que a cada um deles deva caber nesse valor, e, no caso de não se fazerem logo os respetivos pagamentos, tomar-se-ão em consideração, quando eles se realizarem, as oscilações do valor da moeda entre essa data e a do acordo”.

³ Cfr. Comissão Revisora do Anteprojecto de Direito das Sucessões, 1964, pp. 91 e 92.

exploração após a morte e, por isso, afetavam aquele bem ao seu herdeiro ou herdeiros mais capazes de garantir a preservação e continuidade da mesma. A “partilha em vida” torna-se, assim, numa figura profundamente enraizada na sociedade, cuja relevância não foi possível ignorar, o que explica a sua consagração em 1930 e, posteriormente, no Código Civil de 1966⁴.

Aquando da elaboração do novo Código Civil, a Comissão Revisora adotou alguns tópicos fundamentais no âmbito do Direito das Sucessões para a renovação sucessória⁵. Um deles prendeu-se com a criação de instrumentos que permitissem evitar a excessiva fragmentação da propriedade, mormente nos casos em que fosse benéfico e querido, pelo *de cuius*, assegurar a unidade dos bens.

Assim, começam a ser discutidos os termos em que a “partilha em vida” seria regulada, apesar do espectro da proibição dos pactos sucessórios que sempre pairou sobre a discussão. A possibilidade da recondução da “partilha em vida” a um pacto sucessório levou a que alguns rejeitassem a sua previsão⁶. Todavia, admitindo que a presença clara desta figura na realidade portuguesa o reclamava, os membros da Comissão Revisora dividiram-se entre aqueles que sustentaram a consagração da “partilha em vida” como um ato *inter vivos* e aqueles que entendiam que deveria ser prevista como uma doação *mortis causa* excecionalmente válida⁷. Os preconceitos quanto aos pactos sucessórios ajudaram na decisão de manter o do carácter de doação *inter vivos*, já imprimido à “partilha em vida” no código anterior, considerando-se que não se trataria de um pacto sucessório, uma vez que a transmissibilidade dos bens era imediata e teria como causa a doação e não a morte do disponente.

2. Os traços gerais da impropriamente denominada “partilha em vida”

Da leitura do artigo 2029º do Código Civil retira-se, facilmente, a impropriedade da atribuição da designação “partilha em vida” ao contrato através do qual determinada pessoa realiza uma ou várias doações, de todo ou parte do seu património, a todos ou a alguns dos seus herdeiros legitimários, com o consentimento dos outros, ficando os donatários obrigados a pagar a estes o valor da parte que lhes caberia nos bens doados. Esta impropriedade será mais bem entendida quando explicarmos a natureza jurídica

⁴ Cfr. Morais, 2016, p. 341.

⁵ *Vd.* Xavier, 2017, pp. 595-598. A autora aponta como tópicos, designadamente, a autonomia do direito sucessório no plano sistemático, a atribuição de um maior relevo à posição da família e relevar a autonomia da vontade no âmbito sucessório.

⁶ Designadamente, Lopes Navarro. Cfr. Comissão Revisora do Anteprojecto de Direito das Sucessões, 1964, p. 90.

⁷ Designadamente, Pires de Lima e Gomes da Silva. Cfr. Comissão Revisora do Anteprojecto de Direito das Sucessões, 1964, p. 94.

da “partilha em vida”, mas adiantamos desde já que o que está em causa neste instituto não é a repartição de uma universalidade ou conjunto de bens que estavam em comunhão – caracterizadora da partilha – mas antes verdadeiras doações de bens determinados. Não se pode afirmar que, no âmbito da transmissão a título gratuito de todos ou apenas de alguns bens que compõem o património de determinada pessoa a favor dos seus herdeiros legitimários, haja uma verdadeira partilha.

Cremos que esta denominação foi assim escolhida e se alicerçou no pressuposto da igualdade entre os herdeiros legitimários que é imposta para a validade da “partilha em vida”. Nesta figura, todos os herdeiros legitimários têm de consentir no ato, mas nem todos têm de ser donatários. No entanto, os não donatários nunca ficarão prejudicados, uma vez que surge na esfera dos donatários a obrigação de pagar as tornas correspondentes à parte que caberia ao legitimário não donatário dos bens. É este pagamento de tornas que garante que nenhum dos herdeiros legitimários será preterido em detrimento dos restantes e que justifica a aceitação por parte destes.

A “partilha em vida” “desempenha uma necessidade sociológica fundamental”⁸ ao permitir, a título preventivo, evitar os conhecidos litígios e discórdias que normalmente surgem entre os legitimários aquando de uma partilha de bens tradicional, *post mortem*. Para além desta vantagem, apontam-se outras de extrema relevância, relacionadas com a continuidade e unidade do património familiar, nomeadamente de explorações agrícolas, industriais e comerciais cuja fragmentação seria prejudicial para a manutenção da sua rentabilidade⁹. Aqui reside a relevância da “partilha em vida” para o património familiar, permitindo que seja tomada em conta a personalidade, aptidão e capacidade de cada herdeiro para suceder nos bens e proceder à sua gestão mais correta e, ainda, permitindo ao ascendente retirar-se do encargo de explorar o estabelecimento económico para o qual já não se sente capaz¹⁰.

Não obstante este panorama positivo que se desenhou, a “partilha em vida” terá, também, o grande inconveniente da incerteza em que coloca o disponente ao permitir-lhe que transmita bens de que pode vir a necessitar posteriormente¹¹. Por outro lado, a efetivação do ato pode envolver um desvio às regras da sucessão legitimária, permitindo que se beneficiem filhos em detrimento de outros para além do que é legalmente admitido¹².

⁸ Leitão, 2016, p. 145.

⁹ Cfr. Barreiros, 1977, p. 610; Corte-Real, 1986, p. 159; Leitão, 2016, p. 146; Sousa, 2000, p. 36; Pereira Coelho, 1992.

¹⁰ Acrescente-se, ainda, a grande vantagem da “partilha em vida” de evitar os inconvenientes e despesas da partilha litigiosa. Cfr. Barreiros, 1977, p. 611.

¹¹ Daí que seja benéfico, pelo menos, constituir uma reserva de usufruto em alguns bens doados, nomeadamente, na casa de habitação.

¹² Aparentemente, este prejuízo seria afastado pelas exigências do consentimento e do pagamento das tornas; no entanto, o consentimento pode ser prestado como uma cedência às pressões do ascendente a

3. O regime jurídico da “partilha em vida”

A validade do contrato em análise depende da intervenção de todos os presumidos herdeiros legitimários, mas não impõe que todos sejam donatários, apenas que todos prestem o seu consentimento, pelo que, feita a “partilha”, nasce na esfera jurídica dos donatários a obrigação de pagar as correspondentes tornas. Concretizando, para a validade do ato em causa é necessária a intervenção de todos os herdeiros legitimários¹³ e o pagamento – ou a constituição da obrigação de pagar – aos não donatários do valor que proporcionalmente lhes caberia nos bens doados.

Como se compreende esta exigência? A “partilha em vida” distingue-se das simples doações feitas aos presumidos herdeiros legitimários pelos contornos que o ato reveste e, além do mais, por não estar sujeita aos efeitos sucessórios típicos das liberalidades, designadamente à colação, como se pretende demonstrar *infra*. A igualação alcançada pela obrigação de pagar tornas permite que a colação não opere uma vez que a garantia de igualdade que subjaz a essa operação está já alcançada pelas imposições de consentimento e de pagamento de tornas que integram a “partilha em vida”.

Não obstante este desvio ao regime geral das doações, no âmbito da sucessão legitimária, o regime jurídico aplicável à “partilha em vida” é conformado, em grande parte, pelo regime do contrato de doação¹⁴, pelo que podem ser apostas as mesmas cláusulas acessórias previstas para as doações¹⁵ ou estipulada a sua oneração com encargos¹⁶. A “partilha em vida” integra verdadeiras doações e as tornas correspondentes, um caso típico de encargo sobre a doação¹⁷. Assim, por aplicação do artigo 966º¹⁸, o incumprimento da obrigação de pagamento das tornas pode levar à resolução da “partilha em vida” apenas quando esta possibilidade esteja expressamente prevista no contrato.

quem o sucessível legitimário não quer contrariar. Cfr. Leitão, 2016, p. 146. Quanto ao pagamento das tornas, ainda que o n.º 3 do artigo 2029º CC imponha a atualização das tornas quando não seja feito logo o pagamento, essa atualização é feita até ao momento do pagamento e pode ser anterior ao momento da morte e, por isso, tem sempre o risco da depreciação dos bens. Cfr. Sousa, 2000, p. 37, nota 38. Sobre o mesmo inconveniente, Barreiros, 1977, p. 611.

¹³ A sublinhar a essencialidade desta exigência, Lima & Varela, 1998, p. 21.

¹⁴ Cfr. Leitão, 2016, p. 153; Sousa, 2000, p. 37.

¹⁵ Cfr. Barreiros, 1978, pp. 506 e ss. e Leitão, 2016, p. 153. Pode estipular-se, designadamente, a reserva de usufruto, estipulação muito comum na “partilha em vida”, ou a reserva de disposição de bens nos termos do 959º CC.

¹⁶ Leitão, 2016, p. 153. O autor refere como encargo possível o pagamento das dívidas do doador nos termos do artigo 964º, mas apenas aquelas que existam no seu património à data da “partilha”. Quanto às futuras, para ser estipulado o pagamento, é necessário que se fixe o montante.

¹⁷ Cfr. Leitão, 2016, p. 158. No mesmo sentido, Corte-Real, 1986, pp. 154 e 180.

¹⁸ Nunca por aplicação do artigo 2248º CC, uma vez que estamos no âmbito de uma doação *inter vivos*, à qual é aplicável o regime jurídico das doações, e não no âmbito das doações *mortis causa*. Cfr. Leitão, 2016, p. 153 e Corte-Real, 1986, p. 180.

4. Os sujeitos da “partilha em vida”

O disponente e os seus presumidos herdeiros legitimários são os intervenientes da “partilha em vida” mencionados no artigo 2029º CC. A designação “presumidos herdeiros legitimários” leva-nos a entender que o que se pretende é que este ato seja realizado, não com intervenção de todos os sucessíveis referidos no 2157º, mas sim com aqueles que integram a primeira classe de sucessíveis aí mencionada, ou seja, aqueles que “de acordo com a evolução natural das coisas sucederiam ao disponente”¹⁹, ou seja, o cônjuge e os descendentes.

A incorporação do cônjuge no elenco dos herdeiros legitimários em 1977, fruto do reforço da sua posição sucessória dado pela CRP, trouxe consigo a questão da legitimidade para dispor de certos bens e para compreender as diferentes hipóteses em que o problema se coloca. A doutrina, seguindo António Barreiros²⁰, tende a distinguir a “partilha em vida” conjuntiva (outorgada por ambos os cônjuges) e a “partilha em vida” cumulativa (outorgada por apenas um dos cônjuges).

A possibilidade de realizar uma “partilha em vida” conjuntiva, na qual se transmitam gratuitamente, aos descendentes, bens comuns do casal ou próprios de cada um dos cônjuges, é facilmente concebível uma vez que a intervenção de ambos os cônjuges no ato assegura, por si só, a legitimidade para dispor dos bens²¹.

Quanto à “partilha em vida” cumulativa, não parecem existir entraves à doação de bens próprios do cônjuge²². Quanto à “partilha em vida” cumulativa de bens comuns, a sua admissibilidade é já mais controversa; no entanto, segundo Menezes Leitão, é possível, uma vez que, sendo o cônjuge presumido herdeiro legitimário e não sendo, à partida, possível realizar uma “partilha” sem o seu consentimento, não parecem existir impedimentos a que a doação seja feita abrangendo bens comuns do casal²³.

Uma outra questão que importa referir ao nível dos sujeitos prende-se com as incapacidades legalmente previstas – menoridade, interdição ou inabilitação – e, portanto, com o problema de saber se a “partilha em vida” exige essa capacidade de exercício. Debruçando-se sobretudo sobre a menoridade, sustentou que a intervenção dos menores na “partilha” é possível nos termos gerais do suprimimento da incapacidade,

¹⁹ Leitão, 2016, pp. 146 e 147.

²⁰ Cfr. Barreiros, 1978, p. 202.

²¹ Neste sentido, Barreiros, 1978, p. 202; Corte-Real, 1986, p. 175; Leitão, 2016, p. 149; Mealha, 2002, pp. 542 e ss.; Morais, 2016, pp. 353-354. Na doutrina francesa, também se admite a *donation-partage conjonctif*. Cfr. Phillipe, 1984, p. 209; Mazeaud, 1982, p. 1019.

²² Acompanhamos, assim, Leitão, 2016, p. 150. No mesmo sentido da admissibilidade da “partilha em vida” cumulativa, apoiando-se no artigo 1730, n.º 2, Corte-Real, 1986, p. 175 e Matos, 1980, p. 9. Em sentido contrário, Barreiros, 1978, p. 205.

²³ Cfr. Corte-Real, 1986, p. 175; Leitão, 2016, p. 150. No mesmo sentido, Morais, 2016, p. 354; Matos, 1980, pp. 9 e 10. Em sentido contrário, Barreiros, 1978, p. 204; Mealha, 2002, p. 545. Os autores referem que a doação da meação dos bens implicaria a prática de um ato de divisão relativo a partes que não se podem apurar concretamente antes da dissolução da comunhão.

ou seja, através de representação pelos progenitores²⁴. No nosso entendimento – e acompanhando Esperança Mealha e Menezes Leitão²⁵ – é aplicável a esta situação o artigo 1889 n.º 1 l) CC, devendo ser nomeado um curador especial.

4.1. A não intervenção de um herdeiro legitimário

Face à exigência de participação de todos os presumidos herdeiros legitimários do doador no ato, as consequências da não intervenção de um deles desperta muito interesse na doutrina que se debruça sobre a “partilha em vida”. Para esta problematização é necessário distinguir as hipóteses em que há uma preterição intencional do doador daquelas em que a omissão do herdeiro é involuntária, por diferentes razões.

É pacífico, na doutrina, que a hipótese em que há uma preterição intencional de herdeiro legitimário não é contemplada pelo n.º 2 do artigo 2029º, pelo que não se pode aplicar o aí disposto²⁶. Contudo, a unanimidade termina aí para dar lugar à discussão sobre a validade do ato.

Oliveira Ascensão e Carvalho Fernandes propugnam pela manutenção da validade da figura, defendendo o primeiro autor a inoponibilidade da “partilha” aos herdeiros preteridos²⁷, e realçando o segundo a possibilidade de os herdeiros preteridos exigirem a composição da sua legítima com os bens existentes à data da morte, cuja eventual insuficiência levaria a que se deitasse mão do instituto da redução por inoficiosidade²⁸. Esta última solução pode ser rebatida, como é por Rita Lobo Xavier, uma vez que põe em causa a proibição de o autor da sucessão impor encargos sobre a legítima ou designar os bens que a compõem contra a vontade do herdeiro (art. 2163º)²⁹.

Do ponto de vista da invalidade da figura, António Barreiros sustenta a nulidade do ato, mas reconhece que este possa ser convertido, nos termos do artigo 293º, numa série de doações simultâneas (art. 944º) ou, até, que este possa ser convalidado se, posteriormente, o herdeiro preterido vier a prestar o seu consentimento³⁰. No mesmo sentido se manifesta Menezes Leitão, entendendo, contudo, que o artigo 293º converte o ato “em simples doações comuns, sujeitas, naturalmente, à colação e à redução por inoficiosidade”³¹. A esta doutrina junta-se Esperança Mealha, que vê a preterição de um

²⁴ Cfr. Barreiros, 1978, p. 194.

²⁵ Cfr. Mealha, 2002, pp. 537-538; Leitão, 2016, pp. 150-151. Em sentido próximo, Corte-Real, 1986, que defende a nomeação de um curador especial, apesar de não estar em causa uma partilha *post mortem*.

²⁶ Cfr. Morais, 2016, p. 351; Corte-Real, 1986, p. 37; Mealha, 2002, p. 541.

²⁷ Ascensão, 2000, p. 543.

²⁸ Fernandes, 2012, p. 567.

²⁹ Xavier, 2016a, pp. 99 e 100.

³⁰ Barreiros, 1978, p. 70.

³¹ Leitão, 2016, p. 148.

dos herdeiros legitimários como uma frustração da previsão legal, sendo, por isso, sancionada com a nulidade. Em seu entender, no entanto, o ato não pode ser convertido nos termos do artigo 293º, uma vez que “o fim prosseguido pelas partes através da partilha em vida não permite supor que elas teriam querido a conversão, se tivessem previsto a invalidade”³².

Vendo a intervenção de todos os legitimários como condição *sine qua non* da validade da “partilha em vida”, Pamplona Corte-Real defende a anulabilidade do ato por interpretação dos artigos 2178º e 2029º, n.º 2, que colocam na vontade do legitimário a “correção” a que tem direito³³.

Não nos parece que seja de aceitar a validade da “partilha em vida” quando é realizada com a preterição de um herdeiro legitimário. A validade da “partilha em vida” depende da intervenção e do consentimento de todos os herdeiros legitimários e a realização do ato à revelia de um destes, além de frustrar os propósitos do próprio artigo 2029º³⁴, é contrário àquilo que foi legalmente imposto, desvirtuando o ato por não lhe conferir todos os pressupostos necessários à sua efetivação. Acrescente-se, ainda, que admitir a validade do ato celebrado sem o consentimento do herdeiro preterido seria contrariar a tutela dos seus interesses³⁵. Face a isto, a consequência de uma “partilha em vida” celebrada com estes contornos não pode deixar de ser a nulidade. No entanto, a aplicabilidade do artigo 293º e consequente conversão do negócio não pode ser direta e imediata, devendo sempre efetuar-se uma avaliação casuística com o objetivo de aferir se os intervenientes queriam o negócio quer este revista a forma de “partilha em vida”, quer de doações simultâneas.

Situação diferente é a da não intervenção de um herdeiro legitimário em virtude da sua superveniência relativamente ao ato celebrado, quer porque ainda não tinha essa categoria de sucessível, quer porque era desconhecido dos intervenientes³⁶. Estas hipóteses estão contempladas no n.º 2 do artigo 2029º, cuja redação inicial previa solução diferente da atual, ao conferir ao doador a faculdade de revogar a “partilha em vida”³⁷ perante a superveniência de um herdeiro legitimário.

Contudo, na reforma ao CC de 77, o legislador quis dotar a “partilha em vida” de maior estabilidade e definitividade³⁸ e retirou esta possibilidade, estabelecendo que a

³² Mealha, 2002, p. 542.

³³ Cfr. Corte-Real, 1986, p. 179.

³⁴ Neste sentido, Morais, 2016, p. 352.

³⁵ Neste sentido, Xavier, 2016a, p. 100.

³⁶ Falamos aqui nas situações em que, em momento posterior ao da “partilha em vida”, o doador tem outro filho, contrai casamento ou conhece a existência de um outro descendente cuja paternidade apenas se vem a estabelecer depois.

³⁷ Esta solução traduzia um avanço relativamente à que constava do Anteprojeto do Código Civil, onde se estabelecia a caducidade automática da “partilha em vida”. Cfr. Telles, 1956.

³⁸ Morais, 1016, p. 354.

superveniência não afeta a validade do ato celebrado. A consequência é agora a atribuição ao herdeiro superveniente do direito de exigir que lhe seja composta a sua parte em dinheiro, cujo valor pode ser reclamado desde o momento em que se verifica a superveniência³⁹.

Embora tivesse sido pertinente, em virtude da valorização ou desvalorização a que os bens estão sujeitos pelo lapso de tempo que pode ocorrer entre o momento da celebração da partilha em vida e o momento da superveniência, a lei não referiu qual o momento a atender para quantificar o valor desse crédito a que o herdeiro superveniente tem direito. A parte que lhe cabe é quantificada tendo em conta o valor dos bens no momento da partilha em vida ou no momento da superveniência? A solução mais lógica será a de se atender ao valor que os bens teriam à data da realização da “partilha em vida”⁴⁰.

Alguma doutrina faz, todavia, a distinção entre a superveniência verificada ainda em vida do autor da sucessão – à qual se aplicaria o n.º 2 do 2029º – e a superveniência após a morte. Nesta hipótese são oferecidas soluções diferentes, havendo vozes que sustentam o recurso do herdeiro superveniente à ação de redução por inoficiosidade e vozes que defendem que a “partilha em vida” é sucessoriamente consumida e tem de funcionar o mecanismo da colação⁴¹. Iremos pronunciar-nos sobre a questão mais à frente.

5. Breve referência à “partilha em vida” numa perspetiva de direito comparado

Não nos sendo possível, por razões de espaço, fazer um aprofundado estudo da “partilha em vida” no âmbito do direito comparado, cujo interesse é indiscutível, tentaremos fazer uma breve referência aos institutos cujo conteúdo encontra pontos de contacto com a nossa “partilha em vida”, consagradas nos ordenamentos jurídicos francês e espanhol.

No direito francês, sob o título *libéralités-partages*, o *Code Civil* confere ao ascendente a possibilidade de realizar a distribuição e partilha dos seus bens pelos seus descendentes de duas formas diferentes. Uma, através de *testament-partage*, destinada a produzir efeitos após a morte, e outra, a *donation-partage*, que envolve a transmissão imediata dos bens (art. 1075º do *Code Civil*)⁴². A pertinência da referência

³⁹ Neste sentido, Corte-Real, 1986, p. 166; Mealha, 2002, p. 540; Sousa, 2000, p. 38. No sentido de o herdeiro só poder exigir o crédito no momento da abertura da sucessão, Ascensão, 2000, p. 542.

⁴⁰ Neste sentido, Corte-Real, 1986, pp. 166-167; Mealha, 2002, p. 540; Morais, 2016, p. 350.

⁴¹ Corte-Real, pp. 167-169.

⁴² Cfr. Mazeaud, 1982, p. 1014.

à *donation-partage* reside exatamente nas semelhanças que tem com a “partilha em vida”, não só na sua caracterização, mas também na forma como é vista pela doutrina. Apesar das *libéralités-partages* serem vistas como verdadeiras partilhas, reconhece-se que não se trata de verdadeiras partilhas sucessórias, uma vez que estas dependem sempre da verificação do evento da morte. Assim, sendo a partilha efetuada por doação ou por testamento, a natureza jurídica da *libéralité-partage* é conferida pelo ato que a suporta⁴³. Daqui resulta que, tal como entendemos dever ser qualificada a “partilha em vida”, a *donation-partage* é também entendida como uma doação *inter vivos*⁴⁴.

Com a intenção de dotar a *donation-partage* de maior estabilidade, o legislador francês de 1971, seguido pelo legislador português de 1977, com a mesma intenção, previu a sua manutenção mesmo quando algum herdeiro tenha sido omitido, desde que existam bens para compor a sua *reserve*⁴⁵.

Todavia, as grandes alterações a este instituto foram inseridas pela *Loi du 23 juin 2006*, que veio alargar as possibilidades de utilização do contrato, que até aí era limitado às situações onde o ascendente pretendia doar aos descendentes e pelo qual se acordava a composição do quinhão de cada um. A nova reforma veio dotar a *donation-partage* de uma inovação de que esta não comungava e de que, certamente, a “partilha em vida” também não. Atualmente, a *donation-partage* pode ser celebrada por qualquer pessoa⁴⁶, pode ser efetivada quando exista apenas um descendente e podem ainda ser beneficiários os netos (Art. 1075-1 *Code Civile*)⁴⁷. A par desta inovação surge uma outra, mais ousada, ao permitir-se, pela primeira vez, que intervenha na *donation-partage* um terceiro, que pode não ter qualquer relação familiar com o doador, desde que o objeto deste contrato seja uma *entreprise individuelle* (Art. 1075-2 *Code Civil*).

Foi também no âmbito desta reforma inovadora que o legislador francês passou a consagrar expressamente a possibilidade de renúncia à redução das liberalidades inoficiosas⁴⁸. Tal hipótese favoreceu a transmissão do património familiar ao conferir à *donation-partage* uma definitividade mais sólida, uma vez que, verificando-se a renúncia, essa liberalidade não será, posteriormente, atacada.

Relativamente ao ordenamento jurídico espanhol, a previsão legal do artigo 1056º do *Código Civil* não foi clara, ao conferir àquele que tem a disponibilidade dos bens a possibilidade de os distribuir da forma que entender mais oportuna, por ato *inter*

⁴³ Cfr. Mazeaud, 1982, p. 1015.

⁴⁴ Mazeaud, 1982, p. 1015.

⁴⁵ Sobre as alterações operadas pela *Loi du 3 juillet de 1971*, Philippe, 1984. A autora entende, porém, que este diploma, embora tenha demonstrado importantes progressos técnicos, não teve grande eco na prática, p. 224.

⁴⁶ Forgeard, Crône & Gelot, 2007, p. 198.

⁴⁷ Forgeard, Crône & Gelot, 2007, p. 205.

⁴⁸ Forgeard, Crône & Gelot, 2007, p. 150.

vivos ou por ato *mortis causa*⁴⁹. Poderíamos entender que estaria consagrado neste preceito uma figura semelhante à da *libéralité-partage*. No entanto, face à redação complexa da norma, a qualificação jurídica desta hipótese fáctica divide a doutrina, surgindo vozes que sustentam a aproximação da figura à *donation-partage*, e outras que a identificam como um negócio jurídico *mortis causa* ainda que seja realizado em vida.

Reconhecendo-a como um ato unilateral *mortis causa*, Corbal Fernández sustenta que o autor da sucessão partilha o seu património, distribuindo os seus bens e direitos para depois da sua morte, ainda que esta divisão seja feita fora de testamento⁵⁰. Sublinha o autor espanhol que os efeitos do contrato se produzem sempre por morte e que a eventual transmissão imediata que se verifique é sempre uma transmissão que não será definitiva. Admitir a solução contrária seria admitir uma violação ao princípio da proibição dos pactos sucessórios. Sublinha, no entanto, a mesma impropriedade que apontamos à designação da “partilha em vida” ao referir que, apesar do preceito referir a partilha dos bens, não está em causa um verdadeiro ato particional, uma vez que não existe, na data da efetivação do mesmo, nenhuma situação de indivisão ou de comunhão. O autor rejeita que esta figura possa ser reconduzida a um ato *inter vivos*, referindo que a distribuição dos bens por um ato deste tipo é possível, mas consubstancia uma simples doação e não uma partilha da herança; caso contrário, os intervenientes do ato seriam chamados de donatários e não de herdeiros⁵¹.

6. A natureza jurídica da “partilha em vida”

O caminho seguido pelos juristas reconhecidos no seio da Comissão Revisora foi, como mencionamos *supra*, o de consagrar a “partilha em vida” como um ato *inter vivos* e de afastar a sua qualificação como pacto sucessório. Foi exatamente o que fez o legislador ao estabelecer expressamente que “não é havido como sucessório”.

Não obstante, alguns autores, porque a qualificação legal não é vinculativa⁵², sustentaram a recondução deste instituto, ainda que num plano teórico, a um pacto sucessório.

É o caso de António Barreiros, que, no seu longo estudo realizado sobre a “partilha em vida”, concluiu que não causa estranheza afirmar que a partilha em vida constitui um pacto sucessório, pelo menos “de um ponto de vista estritamente teórico

⁴⁹ Fernández, 2000.

⁵⁰ No mesmo sentido, Mozos, 1960, pp. 99 e ss.

⁵¹ Cfr. Fernández, 2000.

⁵² Cfr. Corte Real, 1986.

que não obteve o mínimo de consagração legal”⁵³. Na construção do seu raciocínio, o autor sustenta que a “partilha em vida” é um ato que produz efeitos em vida do *de cuius*, mas em que se pretende que essa produção se mantenha após a sua morte. Por isso, um ato que é destinado a produzir efeitos em vida do *de cuius*, mas que mantém tal produção de efeitos além da sua morte, pode, e deve, merecer a qualificação de pacto sucessório. Note-se que é a leitura que António Barreiros faz da “partilha em vida” que lhe permite fazer esta recondução a um pacto sucessório, uma vez que olha para o instituto como um ato de antecipação sucessória, isto é, um ato realizado em vida com relevantíssimas consequências e repercussões sucessórias⁵⁴.

Para Taveira Machado⁵⁵, a consagração da “partilha em vida” como um pacto sucessório e, conseqüentemente, como uma exceção à proibição da sucessão contratual deveria ter sido o caminho seguido pelo legislador. Comunga da mesma visão de António Barreiros sobre a “partilha em vida”, ao sustentar que a essência do contrato radica em sede sucessória, e defende a ideia reportando-se à sua atividade notarial, explicando que a real vontade dos outorgantes destes atos era, invariavelmente, uma antecipação sucessória.

Esta visão sucessória da “partilha em vida”, partilhada por ambos os autores, leva-os a rejeitar a conceção da “partilha em vida” como uma doação *inter vivos*. Ao comparar os traços conformadores da doação com a “partilha em vida”, Barreiros entende que esta esbarra com a exigência do espírito de liberalidade inerente às doações. Para este mestre, a “partilha em vida” não comunga do mesmo *animus donandi* que as doações, na medida em que o disponente “realiza uma divisão antecipada (...) dos bens que integrariam a respetiva quota hereditária”. Taveira Machado argumenta que as doações que integram a “partilha em vida” não são verdadeiras doações, antes constituem um mero expediente para alcançar o objetivo de antecipar a sucessão, uma vez que a elas não preside o *animus donandi*⁵⁶.

Embora reconhecendo o carácter *inter vivos* da “partilha em vida”, Esperança Mealha e Daniel Morais também propugnam pela ausência de *animus donandi*⁵⁷. Para Esperança Mealha, não está em causa uma doação, não só por faltar o *animus donandi*, mas ainda pela existência de uma obrigação contraída pelos donatários de pagar as tornas⁵⁸. Para Daniel Morais, subjaz à “partilha em vida” um acordo particional, e a

⁵³ Barreiros, 1978, p. 26.

⁵⁴ O autor reconhece, no entanto, que estas ideias devem ceder perante a tendência presente no ordenamento jurídico de uma autêntica “caça” aos pactos sucessórios, cuja consagração legal é desaconselhada. Vd. Barreiros, 1978, p. 27.

⁵⁵ Cfr. Machado, 1990, pp. 182 e ss.

⁵⁶ Machado, 1990, p. 183.

⁵⁷ Cfr. Mealha, 2002, p. 554 e Morais, 2016, p. 380.

⁵⁸ Mealha, 2002, pp. 554-555.

ausência de *animus donandi* transforma as doações em doações *suis generis*. No entanto, para o autor, a ausência deste espírito não impede que a “partilha em vida” seja considerada uma doação, sustentando que “negar a existência de uma doação por falta de *animus donandi* neste caso significaria negar tal qualificação a qualquer doação realizada com finalidades sucessórias”⁵⁹.

Num polo totalmente oposto, Menezes Leitão rejeita as posições acabadas de referir reconhecendo, ponto por ponto, todas as características da doação à “partilha em vida”, incluindo o controverso espírito de liberalidade⁶⁰. Partindo da conceção do espírito de liberalidade como “o fim direto de atribuir um benefício ao donatário, provocando enriquecimento”⁶¹, entende que não se pode negar a sua presença na “partilha em vida”, qualificando-a assim como uma doação, embora com o encargo conferido pela obrigação de pagar tornas, o que a reconduz a uma doação com encargo modal, mas não a desvirtua como tal. No mesmo sentido, também Rita Lobo Xavier reconhece o *animus donandi* na “partilha em vida”, qualificando-a, consequentemente, como uma doação *inter vivos*, sujeita ao regime destas⁶².

Sem colocar o *animus donandi* como um problema, Capelo de Sousa aceita a qualificação da “partilha em vida” como uma doação, embora reconheça que não é possível fazer uma equiparação total entre as duas figuras. Para o autor está em causa uma doação com uma estrutura complexa, uma forma de doação especial, porque tem como donatários os herdeiros legitimários, obriga ao pagamento de tornas e exige o consentimento dos restantes intervenientes no ato, exigências que não se encontram nas doações em geral, mas que, para o autor, não chegam para afastar esta qualificação⁶³.

Para Carvalho Fernandes e Oliveira de Ascensão, também está em causa uma verdadeira doação⁶⁴. No entanto, sublinham os efeitos que a “partilha em vida” projeta na sucessão do doador. Para o primeiro, esses efeitos, necessariamente indiretos e reflexos⁶⁵, residem na circunstância de todos os participantes serem herdeiros legitimários e, por isso, de interferir com os quinhões hereditários. Para o segundo autor, a “partilha em vida” é uma verdadeira doação, mas é mais que uma simples

⁵⁹ Moraes, 2016, p. 380.

⁶⁰ Leitão, 2016, pp. 156-157.

⁶¹ Leitão, 2016, p. 157.

⁶² Xavier, 2016a, p. 99.

⁶³ Sousa, 2000, pp. 36-37.

⁶⁴ Cfr. Fernandes, 2012, p. 566 e Ascensão, 2000, p. 542.

⁶⁵ O autor defende que a “partilha em vida” não tem efeitos imediatos e diretos sobre a sucessão e isso afasta a sua qualificação como pacto sucessório (Fernandes, 2012, p. 566).

doação atendendo à sua relevância sucessória⁶⁶, e por isso se justifica a sua inserção sistemática no livro V⁶⁷.

Por fim, para Pamplona Corte-Real, o que está em causa é um ato complexo, que abrange uma pluralidade de doações em vida oneradas com o encargo modal da partilha, exequível por via de tornas⁶⁸.

Na órbita jurisprudencial, a orientação dominante será a de considerar a “partilha em vida” como um contrato de doação, pondo-se a tónica da discussão na gratuidade do ato e entendendo-se que não há, neste instituto, qualquer contrapartida pecuniária⁶⁹.

No nosso entendimento, não há dúvidas de que a “partilha em vida” deva ser vista como uma doação ou conjunto de doações *inter vivos*.

Apoiando-nos no critério de distinção tradicional dos atos *mortis causa* e *inter vivos* – o momento da produção de efeitos do negócio jurídico⁷⁰ – não há dúvida de que a “partilha em vida” se traduz num ato *inter vivos*, porque é *inter vivos* que os seus efeitos se produzem. Esta ideia é confirmada pelo carácter imediato da transmissão dos bens doados, que, com a celebração do contrato, passam a ingressar a esfera jurídica patrimonial dos donatários.

A dificuldade com que se depara parte da doutrina na qualificação da “partilha em vida” como doação reside no *animus donandi*, o espírito de liberalidade que se exige e que é traço distintivo das doações.

Cremos que o *animus donandi* está presente na “partilha em vida”. O espírito de liberalidade traduz-se, nas palavras de Menezes Leitão, na “intenção de atribuir o correspondente benefício a outrem por simples generosidade ou espontaneidade”⁷¹. Alguns autores não conseguem detetar esta intenção generosa, nem a vontade espontânea de transmitir um bem a um terceiro, por entenderem que o doador não é movido por sentimentos de generosidade, mas sim por propósitos de antecipação sucessória.

O móbil da realização da “partilha em vida” é, parece-nos, o de alcançar as vantagens que normalmente estão associadas a este instituto, tais como o assegurar da unidade do património ou evitar quezílias entre os herdeiros legitimários. No entanto,

⁶⁶ A relevância sucessória, para o autor, está no facto de o pagamento das tornas pagas por uns aos outros virem a ser imputadas nos quinhões de quem as recebe (Ascensão, 2000, p. 542).

⁶⁷ No mesmo sentido, Mealha, 2002, p. 554.

⁶⁸ Corte Real, 1986, pp. 153-154.

⁶⁹ *Vd.* Ac. STJ de 16/04/2013, relatado por Nuno Cameira no Proc. 1744/05.6TBAMT.P1 S1, e Ac. Relação de Guimarães de 12/01/2017, relatado por Maria Cristina Cerdeira no Proc. n.º 91/15.0T8BRG. G1, disponíveis em www.dgsi.pt.

⁷⁰ *Cfr.* Coelho, 1992, pp. 26-27.

⁷¹ Leitão, 2015, p. 159. Também Rita Lobo Xavier concretiza o espírito de liberalidade como algo que envolve uma ideia de generosidade e um elemento subjetivo correspondente à intenção. *Vd.* Xavier, 2016a, p. 53.

não nos parece que estas intenções sejam suficientes para apagar o *animus donandi* da “partilha em vida”. Na verdade, na grande maioria dos casos, as doações são realizadas como um meio para atingir um fim. Pense-se, por exemplo, nos casos em que o pai doa ao seu filho um imóvel para que este possa habitar, movido pela consciência da impossibilidade financeira do seu filho para adquirir tal bem. Esta doação tem como objetivo prover às dificuldades de um terceiro e nem por isso perde o seu *animus donandi*. Mesmo quando o objetivo a alcançar sirva maioritariamente os interesses do doador, o *animus donandi* pode continuar a existir. Qual será a diferença entre o *animus* do pai que, não se sentindo já capaz de continuar a explorar a empresa familiar, a transmite gratuitamente a um descendente, evitando assim a sua fragmentação, e o de um pai que quer transmitir um automóvel já antigo, que já não se sente capaz de conduzir e que lhe traz numerosos encargos? Negar o *animus donandi* na “partilha em vida” pela circunstância de o doador pretender alcançar objetivos específicos seria negar o *animus donandi* à generalidade das doações.

Entendemos, assim, na esteira da jurisprudência e da doutrina mais recente, que a “partilha em vida” não pode deixar de ser considerada uma verdadeira doação, constituindo a obrigação de pagar tornas um caso típico de encargo perfeitamente admitido nos termos do artigo 963º CC⁷².

II. As particularidades da “partilha em vida” no âmbito da sucessão legitimária

1. Exposição do problema

A sucessão legitimária constitui a grande limitação ao princípio da autonomia da vontade no âmbito sucessório. Caracterizada pela sua imperatividade, que não permite ao autor da sucessão defraudar a expectativa juridicamente tutelada dos herdeiros legitimários⁷³, esta modalidade sucessória é conformada por um regime restritivo da liberdade de dispor. As particularidades da sucessão legitimária são demonstradas nas diferentes regras que caracterizam o seu regime, designadamente na pré-determinação dos sucessíveis que irão ser chamados e da extensão do património de que se pode dispor, na forma de cálculo da herança, na previsão de mecanismos de proteção da legítima e, por fim, nas repercussões das liberalidades feitas em vida pelo *de cuius* na sua sucessão.

⁷² Acompanhamos, assim, Leitão, 2016, p. 158.

⁷³ Neste sentido, Sousa, 2000, p. 14; Ascensão, 2000, p. 107; Pereira Coelho, 1992, p. 145. A situação jurídica dos herdeiros legitimários é dotada de uma certa solidez, tendo em conta a limitação da vontade do autor da sucessão e a previsão dos mecanismos desenhados pelo legislador para a proteção da legítima. No sentido da existência de um direito “eventual, futuro, de aquisição contingente”, Telles, 1991, p. 170.

Quanto a este último aspeto, há que salientar que as liberalidades feitas *inter vivos* têm grande relevância sucessória⁷⁴, manifestando-se ao nível do cálculo da herança, da realização da operação de imputação, da igualação dos descendentes através da colação e, ainda, no âmbito da proteção da legítima através da ação de redução das liberalidades inoficiosas. Se pode desde logo revelar-se complexa a compreensão dos efeitos das liberalidades feitas em vida num momento *post mortem*, a verdade é que “a particularidade sucessória das doações (...) assume a sua complexidade máxima no que se refere ao regime da partilha em vida”⁷⁵.

De acordo com a análise acerca da natureza jurídica que fizemos *supra*, o instituto da “partilha em vida” integra uma doação e, assim, a relevância sucessória que, como liberalidade, comunga reclama a análise e o estudo da articulação entre esta e o regime da sucessão legitimária ao nível dos mecanismos que tratam as repercussões sucessórias das doações.

2. A Articulação da “partilha em vida” com o regime da sucessão legitimária

2.1. A forma de cálculo da herança segundo o artigo 2162º

A relevância das liberalidades feitas em vida pelo *de cuius* em sede de sucessão legitimária expressa-se, em primeiro lugar, na forma de cálculo do valor total da herança⁷⁶.

O artigo 2162º estabelece, embora sob a inadequada epígrafe “cálculo da legítima”⁷⁷, que, no cálculo do valor da herança, é incluído o valor das doações realizadas em vida, a par do valor do *relictum* e do passivo existente⁷⁸. A consequência óbvia de incluir o valor das doações neste cálculo traduz-se numa ampliação do valor total da herança e, conseqüentemente, do valor da quota legitimária de cada herdeiro⁷⁹.

Do exposto resulta que também as doações que integram a “partilha em vida” têm, naturalmente, de ser contabilizadas. É esta a orientação que se mostra mais

⁷⁴ Cfr. Xavier, 2016a, pp. 35-36.

⁷⁵ Moraes, 2016, p. 368.

⁷⁶ Alguma doutrina começa por abordar a questão da articulação da “partilha em vida” e do regime da sucessão legitimária fazendo referência às situações de pré-morte, repúdio e declaração de indignidade. Cfr. Pamplona Corte-Real, 1986, p. 178; Mealha, 2002, p. 550; Moraes, 2016, p. 365. Todavia, não nos parece que tais hipóteses devam ser de referir. A morte de um dos presumidos herdeiros legitimários não é uma pré-morte, mas sim uma morte comum que abre a sucessão e segue os seus trâmites normais, partilhando-se os bens existentes na sua esfera patrimonial, na qual estarão os bens adquiridos por via da “partilha em vida”. Esta factualidade não representa qualquer problema. Ainda, este instituto, a par do repúdio e da declaração da indignidade é de índole estritamente sucessória e não se compreende que pudesse atingir um acordo celebrado em vida e que já produziu os seus efeitos.

⁷⁷ O que a disposição legal prevê é a forma de cálculo da herança para efeitos de aferir, posteriormente a esta operação, o valor da legítima global.

⁷⁸ Sobre a forma como deve ser efetuado este cálculo, Xavier, 2016a, p. 36.

⁷⁹ Corte-Real, 1985, p. 175.

compatível com a letra do artigo 2029º CC⁸⁰ e com a natureza jurídica do instituto, sendo seguida, também, pela generalidade da doutrina⁸¹. Bastaria retroceder à Comissão Revisora, onde foi “em princípio” aprovada esta mesma ideia, sob a proposta de Pires de Lima, segundo a qual os bens doados no âmbito da partilha em vida não entrariam na partilha *post mortem*, mas seriam contabilizados para efeitos do cálculo da quota legítima⁸².

Para além do peso do argumento lógico/histórico, incluir as doações realizadas na “partilha em vida” no cálculo da legítima, ao fazer aumentar o valor da quota disponível, protege anteriores beneficiários de liberalidades feitas em vida pelo *de cuius*⁸³.

2.2. A vertente qualitativa da intangibilidade da legítima

A consistência da situação jurídica dos herdeiros legitimários advém da proteção especial que o legislador lhes confere ao dotar o regime da sucessão legitimária de mecanismos de proteção da quota hereditária a que estes têm direito, i.e., mecanismos de proteção da legítima. Esta proteção especial alicerça-se num dos princípios base da sucessão legitimária: o princípio da intangibilidade da legítima, ao qual são geralmente reconhecidas uma vertente quantitativa e uma vertente qualitativa⁸⁴.

A intangibilidade qualitativa é, para grande parte da doutrina, a garantia dos herdeiros legitimários de que poderão escolher os bens que vão compor a sua quota da herança. Assente nos artigos 2163º, 2164º e 2165º do CC, esta vertente da proteção da legítima impede o *de cuius* de impor encargos sobre a legítima, de determinar os bens que a devem compor ou de substituir a legítima do herdeiro por um legado, contra a vontade deste⁸⁵.

A este propósito, é frequente a dúvida relativa à existência de uma renúncia à intangibilidade qualitativa da legítima na “partilha em vida”. A doutrina francesa sustentou que à *donation-partage* é inerente uma renúncia ao preenchimento da *reserve in natura* e, dentro da mesma ideia, Pamplona Corte-Real sustentou que a “partilha em vida” encerrava uma renúncia à intangibilidade qualitativa da legítima pelos sucessíveis legitimários dada a relevância *mortis causa* dos efeitos produzidos por este ato⁸⁶.

⁸⁰ Corte-Real, 1986, p. 168.

⁸¹ Cfr. Sousa, 2000, p. 39, nota 62; Coelho, 1992, p. 34; Morais, 2016, p. 368.

⁸² Proposta apresentada por Pires de Lima. *Vd.* Comissão Revisora do Anteprojecto de Direito das Sucessões, 1964, p. 101.

⁸³ Cfr. Coelho, 1992, p. 33.

⁸⁴ Cfr. Pinheiro, 2017, p. 166; Xavier, 2016a, p. 37.

⁸⁵ Cfr. Sousa, 2000, p. 162; Pinheiro, 2017, p. 166; e Xavier, 2016a, p. 37.

⁸⁶ Cfr. Corte-Real, 1985, p. 181.

Todavia, não nos parece de questionar a eventual renúncia a esta vertente da legítima. Cremos que o princípio da intangibilidade qualitativa da legítima é de existência duvidosa ou, pelo menos, não é levado até às últimas consequências⁸⁷. Tal como salientou Rita Lobo Xavier, a intangibilidade qualitativa está “muito atenuada em face da própria liberdade do causante de dispor em vida e por morte”⁸⁸. Repare-se que a lei apenas proíbe o *de cuius* de compor a legítima ou de lhe impor encargos quando haja oposição do herdeiro (artigo 2163º e 2164º), pelo que, havendo aceitação deste, a intangibilidade qualitativa fica totalmente esvaziada. Daí que, não se considerando que possa existir uma verdadeira vertente qualitativa da legítima, não há que indagar quanto à eventual afetação da mesma aquando a realização da “partilha em vida”.

2.3. A colação

A relevância sucessória das liberalidades expressa-se, ainda, ao nível da previsão do instituto da colação, um dos grandes “elementos influenciadores dos termos em que são realizadas as partilhas hereditárias, com reflexos (...) na quantificação e composição dos respetivos quinhões hereditários”⁸⁹.

A colação, de acordo com a configuração dada pelo artigo 2104º CC, é um instituto privativo da sucessão dos descendentes⁹⁰, pelo que funcionará apenas quanto às doações realizadas a favor destes, através da restituição real, ou por imputação, à massa da herança dos bens que foram objeto de doação. A *ratio* subjacente a esta figura é, indiscutivelmente, a igualação dos descendentes através da presunção *iuris tantum*⁹¹ de que o autor da sucessão não pretende favorecer um descendente em detrimento dos restantes, querendo apenas antecipar o gozo do(s) bem(s) que lhe caberiam no momento da abertura da sucessão⁹².

A conjugação do regime sucessório e da “partilha em vida” torna-se ainda mais complexa quando falamos num instituto como a colação. Estando em causa uma verdadeira doação, a “partilha em vida” seguiria o mesmo caminho sucessório

⁸⁷ Acompanhamos, assim, Rita Lobo Xavier e Pamplona Corte-Real. *Vd.* Xavier, 2016a, 2016b, 2017; Corte-Real, 1989, pp. 1061 e ss.

⁸⁸ Xavier, 2016a e 2017.

⁸⁹ Sousa, 2002, p. 172.

⁹⁰ Cfr. Fernandes, 2012, p. 413. Não obstante, com a elevação do cônjuge à qualidade de herdeiro legitimário, tem sido frequente a questão sobre a colação dever ou não operar também em relação a ele tendo em conta que o cônjuge, quando concorre com descendentes, legalmente obrigados à colação, aproveita o aumento da massa partilhável. Neste sentido, para vários autores, estamos perante uma lacuna da lei, que urge colmatar e que deve impor a colação ao cônjuge. *Vd.* Sousa, 2002, pp. 224 e ss., e Ascensão, 2000, pp. 533-534. Na verdade, não se questiona a justeza de uma solução neste sentido; contudo, não parece que se possa falar numa lacuna legal, uma vez que não parece que o legislador se pudesse esquecer, ao fazer o cônjuge integrar o elenco de sucessíveis legitimários, de tratar a colação. Acompanhamos, neste ponto, os argumentos apresentados por Fernandes, 2012, p. 418 e Coelho, 1992, p. 290.

⁹¹ A presunção pode ser afastada se o *de cuius* dispensar a colação, nos termos do artigo 2113º CC.

⁹² Cfr. Pinheiro, 2017, p. 254.

desenhado pelo legislador e, por isso, as doações aí integradas teriam de ser levadas à colação. Contudo, na “partilha em vida”, o pagamento das tornas entre uns e outros herdeiros legitimários permite alcançar uma igualdade entre todos, não se atribuindo qualquer vantajamento quantitativo a nenhum dos participantes. Tendo sido já atingida a igualação, que é o objetivo da colação, justifica-se que ela volte a operar com a abertura da sucessão?

A dúvida surge, essencialmente, pela dinâmica que caracteriza o património e que pode potenciar uma valorização ou desvalorização dos bens doados, fazendo com que se perca a correspondência com as tornas que foram pagas e destruindo a igualdade que tinha sido alcançada no ato da “partilha em vida”. É nesta ideia que se apoia Pamplona Corte-Real para defender a sujeição destas doações à colação. Apesar de reconhecer que o teor da “partilha em vida” deve ser preservado, defende que a eventual e ulterior variação dos bens partilhados pressupõe e exige que o mecanismo da colação seja aplicado. Para o autor, a inevitável correção do montante dos bens e das tornas é uma decorrência lógica da recondução do regime da “partilha em vida” ao regime das doações em vida⁹³.

A doutrina majoritária preconiza, todavia, a inaplicabilidade do instituto da colação. Esta era, aliás, a solução que estava prevista no Anteprojeto de Galvão Telles⁹⁴, mas que acabou por não ser transporta para a redação atual do Código. Ainda assim, a generalidade da doutrina sugere esta conclusão, embora apoiando-se em diferentes argumentos. Alguns autores fazem assentar a inaplicabilidade da colação na dispensa tácita desta pelo doador, e outros nas próprias finalidades dos dois institutos.

Nos termos do artigo 2113º, n.º 1 o doador pode dispensar a doação de colação, sendo certo que, de acordo com as regras gerais das declarações de vontade⁹⁵, esta intenção pode ser manifestada expressamente ou aferir-se tacitamente. Com base nesta interpretação, Capelo de Sousa⁹⁶ e Oliveira de Ascensão⁹⁷ entendem que a maneira como se processa a “partilha em vida” leva implícita a intenção do autor da sucessão de dispensar as doações realizadas de colação.

No mesmo sentido da inaplicabilidade do mecanismo em causa, mas já com justificação diferente, Menezes Leitão⁹⁸ e Duarte Pinheiro⁹⁹ realçam a definitividade da partilha. Sustenta o primeiro autor que a colação destruiria os fins da “partilha em

⁹³ Corte Real, 1986, p. 171.

⁹⁴ Prevvia-se um 3º parágrafo com a seguinte redação: “os bens doados nos termos deste artigo não serão objeto de colação, nem tão-pouco de imputação na quota disponível, não entrando, pois, em partilha”. Cfr. Telles, 1956, p. 22.

⁹⁵ Tendo aplicação, aqui, o disposto no artigo 217º CC.

⁹⁶ Sousa, 2000, p. 39, nota 62.

⁹⁷ Ascensão, 2000, p. 543.

⁹⁸ Leitão, 2016, pp. 154-155.

⁹⁹ Pinheiro, 2017, p. 276.

vida”, sublinhando o segundo que a “partilha em vida” visa já a igualação. Dentro da mesma ideia, Daniel Morais¹⁰⁰ e Esperança Mealha fazem notar a igualação já presente na “partilha em vida”. Para Esperança Mealha¹⁰¹, a “partilha em vida” traduz-se numa conferência antecipada dos bens objeto do contrato, e só a exclusão da colação quanto a estas doações explica o regime da “partilha em vida”, designadamente a exigência da intervenção de todos os presumidos herdeiros legitimários e o seu acordo¹⁰².

Comungamos da mesma ideia da doutrina maioritária ao afastar, quanto aos bens objeto do contrato de “partilha em vida”, a colação. A finalidade deste mecanismo é pensada para igualar os descendentes, não beneficiando nem prejudicando uns em detrimento dos outros. A “partilha em vida”, ao prever a obrigação de pagamento das tornas aos herdeiros não donatários, assim assegurando a igualdade de todos os descendentes, afasta a colação por ser desnecessária. A oscilação do valor dos bens é uma eventualidade de que os participantes na “partilha em vida” têm consciência e, se os propósitos da colação estão cumpridos, a igualação está concretizada, não se poderá vir depois exigir que se reveja essa igualação, ainda que esta se tenha tornado desigual.

Ao discutir esta questão, a doutrina tende a perspetivar o problema em relação ao n.º 2 do artigo 2029º, que regula a situação específica da superveniência de um herdeiro legitimário, uma vez que a sua não participação na “partilha em vida” traduz a mais clara expressão de desigualdade na distribuição do património. Todavia, nem perante um cenário deste tipo a doutrina altera a sua visão, à exceção de Capelo de Sousa, que defende a colação quando se verifique a existência superveniente de herdeiros que não tenham sido contemplados. No entanto, ressalva a ideia de que esta exceção apenas deve ser aberta quando não resulte do ato que a colação foi dispensada nos termos do 2113º, ou quando o novo herdeiro não exija a composição da sua quota em dinheiro¹⁰³. Não se discute que deva ser assegurado ao descendente superveniente a igualdade sucessória relativamente aos seus irmãos. No entanto, não nos parece que essa tutela deva ser assegurada pela colação, mas sim pela atribuição de um direito de crédito sobre os restantes beneficiários da partilha, tal como postula o artigo 2029º, n.º 2 CC¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Morais, 2016, p. 373.

¹⁰¹ Mealha, 2002, p. 551.

¹⁰² A defender a mesma ideia da não sujeição destas doações à colação, também Coelho, 1992, p. 33; Fernandes, 2012, p. 567; Dias, 2014, p. 42, nota 52. No mesmo sentido, ainda, Parecer do Conselho Técnico da Direção Geral de Registos e Notariado, no Processo n.º 64196 R.P. 4, de Dezembro de 1996, no qual se pode ler que “a colação visa a igualação na partilha e esta igualação não é afetada pela ‘partilha em vida’, que foi feita com intervenção e consentimento de todos os presuntivos herdeiros legitimários”, disponível em www.irn.mj.pt.

¹⁰³ Sousa, 2000, pp. 39-40, nota 62.

¹⁰⁴ Neste sentido, Leitão, 2016, p. 154.

2.4. A redução por inoficiosidade

De expressão legal mais clara¹⁰⁵, uma vez que já não é questionada¹⁰⁶, a intangibilidade quantitativa da legítima configura-se na proibição do *de cuius* de ofender a quota subjetiva através de liberalidades que realize, e concretiza-se na previsão legal do mecanismo da ação de redução das liberalidades inoficiosas (artigos 2168º a 2178º CC).

É no âmbito da intangibilidade quantitativa da legítima que avulta o “meio por excelência de proteção da legítima”¹⁰⁷ – a ação de redução das liberalidades inoficiosas – que assegura aos herdeiros legitimários um meio de reagir contra as atribuições gratuitas que o *de cuius* tenha feito e que afetem a sua quota subjetiva. Quando se verifique a inoficiosidade, a atribuição patrimonial gratuita terá de ser reduzida de acordo com a ordem estabelecida nos artigos 2171º a 2173º CC, e apenas na medida do necessário para preencher a legítima afetada¹⁰⁸.

Da mesma forma que se colocava a questão de saber se a colação deve funcionar quanto aos bens doados no âmbito da “partilha em vida”, também se questiona se os herdeiros legitimários podem lançar mão da ação de redução das liberalidades inoficiosas para reduzir as doações que integram a “partilha em vida” quando se verifique que estas afetam a legítima de algum ou alguns sucessíveis legitimários.

Esta discussão é muito menos pacífica do que a do funcionamento da colação e levanta maior controvérsia, atendendo à proibição de renúncia ao direito de reduzir as liberalidades previsto no artigo 2170º CC, que surge como o maior entrave à orientação de que as doações em causa não estão sujeitas à redução por inoficiosidade.

Para António Barreiros, a questão resolve-se facilmente pela necessidade de proteção da legítima, cujo quantitativo não é possível determinar em momento anterior à abertura da sucessão, designadamente no momento da “partilha em vida”. Uma vez que apenas aquando da abertura da sucessão é que o património se estabiliza e só aí é possível aferir o quantitativo da legítima, não deve ser retirada aos legitimários a possibilidade de reduzirem as liberalidades¹⁰⁹.

Pamplona Corte-Real, ao defender, como mencionámos *supra*, a sujeição das doações integradas na “partilha em vida” à colação, sustenta que admitir a solução contrária redundaria numa renúncia à intangibilidade quantitativa da legítima,

¹⁰⁵ Cfr. Xavier, 2016a, p. 37.

¹⁰⁶ Há hoje um entendimento comum em que o direito à legítima não se traduz já num direito a uma parte dos bens da herança, mas sim a uma parte do valor desses bens, transformando o herdeiro legitimário num credor da herança (Xavier, 2017, p. 606).

¹⁰⁷ *Vd.* Pinheiro, 2017, p. 304 e Fernandes, 2012, p. 438.

¹⁰⁸ Note-se que a doação foi feita com respeito pelas normas legais e, por isso, a inoficiosidade não torna inválida a atribuição feita pelo doador. Cfr. Ascensão, 1996, p. 10; Pinheiro, 2017, p. 309.

¹⁰⁹ Barreiros, 1978, p. 502.

renúncia essa que não é admitida através de um ato “a que a própria lei recusa a qualificação de pacto sucessório”¹¹⁰. No entanto, a razoabilidade do mestre leva-o a admitir que o teor da “partilha em vida” deva sempre ser preservado e, por isso, reconhece que, para assegurar os propósitos qualitativos da partilha, a inoficiosidade possa operar por via de tornas¹¹¹.

Dentro da mesma orientação favorável ao funcionamento da redução por inoficiosidade, Capelo de Sousa não tem dúvidas ao afirmar que, estando as doações realizadas na “partilha em vida” sujeitas aos artigos 2168º a 2173º, e tendo em conta a irrenunciabilidade prescrita no artigo 2170º, as mesmas podem ser reduzidas por inoficiosidade uma vez que só esta solução salvaguarda os interesses dos herdeiros legitimários que se tornem conhecidos ou que sobrevenham num momento posterior à partilha¹¹².

Num polo oposto, Esperança Mealha preconiza o não funcionamento da redução por inoficiosidade. Contudo, defende que esta inaplicabilidade não se traduz numa renúncia ilegal por estarem em causa bens determinados. Segundo a autora, a transmissão imediata dos bens e o consentimento de todos os participantes na “partilha” obstam a que, à data da morte do doador, possam os herdeiros legitimários vir intentar uma ação de redução com fundamento na desvalorização dos bens. Apenas faz aqui uma ressalva: na hipótese de surgir um novo presumido herdeiro legitimário após a morte do doador, este dispõe da faculdade de intentar uma ação de redução, porque é necessário “achar a sua legítima”¹¹³.

No mesmo sentido, Taveira Machado faz assentar a sua posição na sua perspetiva sobre a natureza jurídica da “partilha em vida”. Para o reconhecido notário, como ficou dito, a “partilha em vida” traduz-se numa plena antecipação sucessória onde, nas doações realizadas, não se verifica o verdadeiro *animus donandi*. Sendo este um traço característico da generalidade das doações que aqui não é encontrado, então também o regime normalmente aplicável a estas pode ser afastado¹¹⁴.

Por fim, a posição manifestada por Menezes Leitão alicerça-se na ideia de que o fim da “partilha em vida”, visto como a intenção de antecipar a repartição da herança que seria feita por morte, seria destruído com a aplicação do instituto da redução. Sustenta o autor que, se aquilo que se pretende é excluir a realização da partilha *post*

¹¹⁰ Corte-Real, 1986, p. 169.

¹¹¹ Corte-Real, 1986, p. 174.

¹¹² Sousa, 2000, p. 39, nota 62.

¹¹³ Cfr. Mealha, 2002, p. 553.

¹¹⁴ Cfr. Machado, 1990, p. 189.

mortem, então esta tem de ser definitiva e não pode mais tarde vir a ser posta em causa.¹¹⁵

Face ao exposto, facilmente se compreende a divisão doutrinal que impera relativamente a esta questão. As diferentes perspetivas sobre o tema são influenciadas pelas diferentes visões do contrato da “partilha em vida” e, parece-nos, pelos preconceitos clássicos em relação aos pactos sucessórios. Embora reconheçamos, como não podia deixar de ser, o enorme contributo destes autores, parece-nos que há alguns pressupostos prévios que não estão a ser levados em conta, o que acaba por manietar estas posições.

Sobre estas questões, em que procuraremos entender todo o alcance da conjugação entre a “partilha em vida” e a redução por inoficiosidade, vamos pronunciar-nos no capítulo seguinte.

III. A renúncia à redução das liberalidades inoficiosas que integram a “partilha em vida” como um pacto sucessório renunciativo

1. A redução das liberalidades inoficiosas na “partilha em vida”

1.1. A renúncia à redução das liberalidades inoficiosas subjacente à “partilha em vida”

Retomando o que deixámos dito no capítulo anterior, a leitura que tem sido feita sobre a articulação do instituto da redução por inoficiosidade com a “partilha em vida” não permite uma conclusão sólida sobre a questão.

Os autores que defendem a aplicação do instituto fazem-no por entenderem que a solução contrária não é admissível em virtude da proibição dos pactos sucessórios. Esta orientação peca por ter uma fundamentação, a nosso ver, incompleta. Rejeitar a renúncia à ação de redução das liberalidades inoficiosas apenas com base na ideia de que existe uma regra geral contrária redundante num raciocínio circular e conceptualista. Impõe-se que se averiguem os interesses e a razão de ser subjacentes a ambos os institutos para que se possa descortinar se o legislador não terá consagrado uma exceção a essa regra geral proibitiva. Parece-nos que sim. E parece-nos que este lado da doutrina embate na proibição dos pactos sucessórios e não pretendeu ver mais além desta, não procedendo a uma análise exaustiva dos dois institutos. Sustentar a atribuição aos herdeiros legítimos do direito de reduzir as doações realizadas no

¹¹⁵ Cfr. Leitão, 2016, p. 154.

âmbito da “partilha em vida” resulta numa solução inadmissível, como pretendemos demonstrar.

Relativamente ao polo doutrinal oposto, no qual nos inserimos, as doações integradas na “partilha em vida” não estão sujeitas à ação de redução por inoficiosidade. Os autores sustentam esta ideia com base em diferentes posições, que se podem sintetizar em três argumentos distintos. Um primeiro, segundo o qual as doações integradas na “partilha em vida” não são verdadeiras doações e, por isso, não têm de estar sujeitas ao mesmo regime sucessório da generalidade das doações¹¹⁶. Um segundo, que rejeita a redução por inoficiosidade para garantir que não são destruídos os fins de antecipação sucessória e de exclusão da realização da partilha *post mortem* quanto aos bens doados¹¹⁷. E, por último, um argumento pouco concretizado, em que o direito de redução é afastado por força da transmissibilidade imediata dos bens e do consentimento prestado pelos herdeiros legitimários¹¹⁸. Relativamente a este último argumento, a simples referência à transmissibilidade imediata dos bens e ao consentimento, sem outro fundamento ou concretização, não parece ser suficientemente sólida para sustentar o afastamento da redução por inoficiosidade.

Não obstante, este argumento é muito relevante. Na verdade, apesar de não concretizarem a ideia, nem a apontarem como argumento principal para rejeitar a ação de redução na “partilha em vida”, todos os autores incluídos neste grupo reconhecem, ou pelo menos fazem referência, à contradição inerente a permitir que quem tenha consentido na “partilha em vida” possa, em momento posterior, vir a pô-la em causa¹¹⁹.

Em termos gerais, a redução por inoficiosidade visa proteger a legítima dos herdeiros legitimários quando estes são surpreendidos com uma ofensa à sua legítima em virtude das liberalidades realizadas. Apesar de a ação de redução das liberalidades intentada por um herdeiro legitimário contra um terceiro constituir a situação mais comum, isto não significa que os próprios herdeiros legitimários não possam intentar a mesma ação para reduzir as liberalidades feitas a um outro legitimário. A lei abarca, naturalmente, essa possibilidade. No entanto, apenas o permite no caso típico em que a liberalidade é realizada a favor do herdeiro legitimário, sem qualquer consentimento ou participação dos restantes. Coisa diferente é permitir-se que este instituto seja

¹¹⁶ Argumento apresentado por Taveira Machado (Machado, 1990, p. 189).

¹¹⁷ Argumento apresentado por Menezes Leitão (Leitão, 2016, p. 154).

¹¹⁸ Argumento apresentado por Esperança Mealha (Mealha, 2002, p. 553).

¹¹⁹ Taveira Machado refere que “nem seria justo que alguém pudesse invocar posteriormente ofensa duma legítima de que já anteriormente tinha disposto, com toda a liberdade” (Machado, 1990, p. 189); Menezes Leitão refere que “não se deve admitir que outros envolvidos na partilha a venham questionar por motivos supervenientes depois de nela terem consentido” (Leitão, 2016, p. 154). Esperança Mealha refere que à redução se opõem os efeitos próprios da “partilha” e que o consentimento de todos faz relevar, implicitamente, a contradição (Mealha, 2002).

utilizado quando os próprios herdeiros tiverem já participado e consentido naquela doação que, agora descobriram, afeta a sua legítima.

Em suma: não se pode aplicar a mesma solução quando o herdeiro legítimo não donatário tenha participado naquela doação realizada num contexto de “partilha em vida”, porque naquele ato participam todos os herdeiros legítimos e todos aceitam as transmissões patrimoniais realizadas, quer tenham sido beneficiários dos bens ou das tornas correspondentes. Não há coerência em permitir que as mesmas liberalidades que foram consentidas e aceites por todos possam, posteriormente, ser postas em causa.

Contudo, mais do que uma simples contradição e incoerência, deitar mão da ação de redução por inoficiosidade relativamente às doações feitas no âmbito da “partilha em vida” poderia consubstanciar um verdadeiro abuso do direito na modalidade de *venire contra factum proprium*.

Legalmente previsto no artigo 334º CC, o abuso do direito postula o exercício de um direito pelo seu titular, extravasando os “limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”. Em primeiro lugar, ressalve-se que não resulta do preceito a recondução do abuso do direito a um comportamento único ou a uma mesma categoria dogmática, mas antes a uma diversidade de comportamentos – diversidade que é provocada pela suscetibilidade de se violarem diferentes limites¹²⁰. Neste sentido, a doutrina tende a reconduzir determinadas condutas que constituem um exercício abusivo do direito a diferentes modelos doutrinariamente construídos¹²¹, nos quais surge o *venire contra factum proprium* como exercício de um direito que extravasa os limites impostos pela boa-fé.

O *venire contra factum proprium* é conformado pela situação onde um mesmo sujeito adota duas condutas, lícitas, em momentos diferentes, em que uma é contraditada pela outra¹²². A proibição do comportamento contraditório¹²³ enquadra-se na proibição do abuso do direito, como uma concretização do princípio da confiança, um princípio ético fundamental da nossa ordem jurídica¹²⁴. Ou seja, para termos um *venire contra factum proprium* exige-se que a conduta adotada (o *factum proprium*) possa ser geradora de uma situação de confiança¹²⁵.

¹²⁰ Cfr. Fernandes, 2010, p. 624; Ascensão, 2002, p. 267.

¹²¹ Vasconcelos, 2012, p. 237. A par do *venire contra factum proprium*, outras modalidades de abuso de direito, designadamente o *exceptio doli*, inalegabilidades formais ou *tu quoque*.

¹²² Cfr. Cordeiro, 2005.

¹²³ Carvalho Fernandes, 2010, p. 628.

¹²⁴ Acórdão STJ de 11/12/2013, relatado por Nuno Cameira, Proc. N.º 1464/11.2TBGRD-A.C1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

¹²⁵ Cordeiro, 2015, p. 324. Reconhecendo que pode haver, excecionalmente, situações em que haja *venire* sem a exigência da confiança, Ascensão, 2002, p. 290.

Analisando o comportamento do herdeiro legitimário que vem propor uma ação de redução das liberalidades em relação às quais tinha prestado o seu consentimento, é fácil de retirar a existência de uma primeira conduta que é contraditória da segunda. Num primeiro momento, o herdeiro legitimário vem consentir na doação realizada – *factum proprium* – e, num segundo momento, vem reagir contra a mesma – *venire*. Sublinhe-se que esta posição não fica prejudicada pela ressalva que Menezes Cordeiro faz ao *venire* nos termos da qual não há abuso do direito quando o *venire* assenta numa circunstância justificativa¹²⁶. Não nos parece que a valorização dos bens possa ser tida como uma circunstância justificativa para a mudança de atitude, uma vez que a consciência da eventual oscilação do valor dos bens doados está claramente presente na convicção dos herdeiros quando aceitam a “partilha em vida”.

Se a lei admitisse que se pudesse vir a pôr em causa as doações feitas na “partilha em vida”, estaria a legitimar o comportamento dos herdeiros que incorram num abuso do direito, comportamento esse que a própria lei não admite e considera ilegítimo.

Em suma, é inegável a presença de um *venire contra factum proprium* na propositura de uma ação de redução das liberalidades consentidas pelos herdeiros legitimários. Não se pode aceitar que alguém venha invocar a ofensa de uma legítima da qual dispôs¹²⁷, e de que a lei permitiu que dispusesse, ao consagrar no artigo 2029º a “partilha em vida”. É a própria lei, com esta consagração, a permitir que estas liberalidades não se reduzam por este meio e a abrir uma exceção ao artigo 170º¹²⁸.

Neste sentido, terá sempre de integrar o ato da “partilha em vida”, para além de um conjunto de doações, da aceitação de todos os herdeiros e do pagamento de (ou do surgimento da obrigação de pagar) tornas, uma renúncia dos herdeiros legitimários ao direito de reduzir as liberalidades inoficiosas.

1.2. O caso específico do herdeiro legitimário superveniente

A superveniência de um herdeiro legitimário é uma das questões a que os autores atribuem maior relevância no âmbito da “partilha em vida”. Para muitos, a redução por inoficiosidade é o único meio possível para salvaguardar os interesses do herdeiro legitimário superveniente¹²⁹ e do herdeiro intencionalmente preterido – para

¹²⁶ Cordeiro, 5015, p. 305.

¹²⁷ Machado, 1990, p. 189.

¹²⁸ Acompanhamos, assim, Daniel Morais quando afirma que “é o próprio legislador a abrir uma exceção, (...) em prol de uma figura profundamente enraizada na nossa sociedade, do ponto de vista social, histórico e cultural” (Morais, 2016, p. 387).

¹²⁹ Por exemplo, Sousa, 2000, p. 39, nota 62.

aqueles que entendem que a partilha em vida feita nestes termos é, ainda assim, válida¹³⁰.

Em conformidade com a posição que expusemos *supra*, a faculdade do herdeiro superveniente intentar a ação de redução por inoficiosidade já não lhe seria vedada com fundamento na sua atuação consubstanciar um *venire contra factum proprium*. Se o novo sucessível não interveio na “partilha em vida”, ele nunca consentiu nas doações realizadas e, por isso, vir questioná-las não consubstancia um *venire*. No entanto, este facto não implica que o legislador tenha conferido ao herdeiro legitimário superveniente a faculdade de intentar a ação de redução por inoficiosidade. Pelo contrário, ao consagrar a norma do n.º 2 do artigo 2029º, o legislador afastou a aplicação do artigo 2168º e assegurou a tutela do herdeiro superveniente através daquele preceito que prevê que este exija “que lhe seja composta em dinheiro a parte correspondente”.

Se, para nós, a aplicação deste preceito é independente do artigo 2168º, para alguma doutrina a redução por inoficiosidade terá de se continuar a aplicar.

Alguns autores, como Pamplona Corte-Real e Esperança Mealha, atribuem consequências distintas consoante a superveniência se verifique ainda em vida do doador ou após a morte deste. Ambos sustentam que, no primeiro caso, o n.º 2 do artigo 2029º opera na sua plenitude, atribuindo ao herdeiro superveniente o direito de exigir a sua quota-parte desde o momento em que se verifique a superveniência.¹³¹ Quando a superveniência se verifique após a morte do doador, a solução, para os autores, será diferente. Para Pamplona Corte-Real, a “partilha em vida” terá de ser “sucessoriamente consumida”, com a operacionalidade de todos os mecanismos sucessórios aplicados às doações em vida, como a colação e a redução por inoficiosidade¹³². Na nossa opinião, esta solução contraria exatamente aquilo que o legislador pretendeu com a previsão da tutela dos herdeiros supervenientes, uma vez que retira toda a estabilidade que se quis assegurar à “partilha em vida” em 1977.

Já para Esperança Mealha, quando a superveniência se verifique após a morte do doador, o novo herdeiro legitimário pode reduzir as liberalidades integradas na “partilha em vida” quando veja a sua legítima por elas afetada. No entanto, esta apenas poderá ser composta em dinheiro¹³³. Daqui se retira que, quando a superveniência se verifique após a morte do doador, o alcance do artigo 2029º, n.º 2 limita-se a determinar que a composição da parte deste herdeiro não se fará em bens. Este curto

¹³⁰ Vd. Fernandes, 2012, p. 566 e Ascensão, 2000, p. 542. Posição com a qual não concordamos (vd. *supra*, capítulo 1, ponto 4.1.).

¹³¹ Corte-Real, 1986, pp. 166-167; Mealha, 2002, pp. 539-540.

¹³² Cfr. Corte-Real, 1986, p. 169.

¹³³ Cfr. Mealha, 2002, pp. 540 e 553.

alcance retirado do n.º 2 do artigo 2029º é também atribuído por Carvalho Fernandes, ao defender que o herdeiro superveniente tem “o direito a exigir dos outros, em dinheiro, a parte correspondente à sua quota, nos termos gerais das disposições inoficiosas”¹³⁴.

Capelo de Sousa faz uma interpretação curiosa da norma e entende que esta postula uma mera faculdade da composição da quota em dinheiro. Assim, o herdeiro superveniente pode preferir que a sua quota seja composta em bens da herança nos termos sucessórios gerais com todos os mecanismos associados, ou seja, “imputação e colação dos bens doados nas quotas dos herdeiros donatários em vida, composição das quotas legitimária e legítima do novo herdeiro legitimário através dos *relicta* e, eventualmente, redução por inoficiosidade das doações em vida”¹³⁵. Com o devido e óbvio respeito que este mestre merece, não nos parece que o artigo 2029º, n.º 2, tenha sido alterado, em 1977, apenas para conferir ao herdeiro esta faculdade, que sempre teria, e não para atribuir igualmente uma solução mais consistente à questão.

Numa interpretação mais concisa do artigo 2029º, n.º 2, e sem mencionar a redução por inoficiosidade, Oliveira de Ascensão¹³⁶, Menezes Leitão e Rita Lobo Xavier¹³⁷ sustentam a atribuição de um crédito pecuniário ao legitimário superveniente nos termos do artigo 2029, n.º 2, sustentando Menezes Leitão que não deve ser feita a distinção entre a superveniência que se verifica antes da morte do doador daquela que se verifica após, pois o crédito pode nascer e tornar-se exigível a qualquer momento¹³⁸.

O legislador, aquando a consagração da “partilha em vida”, quis proteger a eventualidade de surgir ou de se tornar conhecido um herdeiro legitimário após a realização da partilha. Com a intenção de assegurar os seus interesses e, simultaneamente, dotar a “partilha em vida” de uma estabilidade que a redação anterior do preceito não lhe conferia, chegou-se a esta solução de compromisso, concretizada na atribuição de um direito de crédito a estes herdeiros.

Neste sentido, não nos parece que o legislador tenha pretendido que a tutela dos herdeiros supervenientes fosse feita através da redução por inoficiosidade e que o alcance do artigo 2029º, n.º 2 fosse apenas o de garantir que essa redução não seria feita em espécie. Antes pretendeu que essa tutela fosse assegurada pela atribuição de um direito de crédito exigível aos restantes herdeiros. Sendo pacífico que o que se pretendeu com a nova redação do n.º 2 foi dotar a “partilha em vida” de maior

¹³⁴ Fernandes, 2012, p. 567.

¹³⁵ Para o autor, os bens doados na “partilha em vida” estão sujeitos à redução por inoficiosidade porque é a única forma de proteger os interesses dos herdeiros legitimários que sobrevenham após a partilha. Cfr. Sousa, 2000, p. 39, nota 62.

¹³⁶ Ascensão, 2000, p. 542.

¹³⁷ Xavier, 2016a, p. 100.

¹³⁸ Leitão, 2016, p. 148.

estabilidade, tal propósito não se coaduna com o recurso à ação de redução por inoficiosidade, ainda que esta apenas pudesse operar em dinheiro, uma vez que, através dela, seria posta em causa a “partilha em vida” alcançada.

A superveniência faz nascer, na esfera jurídica do herdeiro superveniente, um direito de crédito, exigível aos restantes herdeiros participantes da “partilha em vida”. Este crédito é exigível quer em vida do doador, quer após a sua morte – não sendo de distinguir os dois momentos¹³⁹ –, a cada um dos herdeiros legitimários intervenientes na partilha, em partes iguais, ou seja, em regime de conjunção¹⁴⁰.

Ao pronunciar-se sobre a análise das consequências da superveniência de um herdeiro legitimário, Pamplona Corte-Real dirige duras críticas ao legislador, afirmando que este fez “tábua rasa” da mecânica jurídica da sucessão legitimária. Apesar de discordarmos com a posição que o autor, afinal, adota quanto à questão, coincidimos com esta ideia porque, na verdade, é próprio legislador a afastar o funcionamento típico de um direito que é, normalmente, conferido a todos os herdeiros legitimários.

Em suma: a redução por inoficiosidade nunca opera quanto às doações integradas na “partilha em vida”, quer quando se verifique a ofensa da legítima dos herdeiros legitimários participantes, quer quando esta ofensa se verifique quanto ao herdeiro superveniente. No entanto, as razões para este afastamento são distintas. Enquanto, na segunda hipótese, é a própria lei que a afasta, ao consagrar uma solução concreta para o caso – a atribuição de um direito de crédito –, na primeira hipótese, são os próprios herdeiros legitimários que renunciam a ela, no exercício de uma clara exceção que o legislador abriu ao artigo 2170º. Repare-se que, se nem relativamente aos herdeiros supervenientes o legislador quis permitir que se pudesse recorrer à ação de redução, claramente também não o terá querido relativamente aos herdeiros participantes da “partilha em vida”.

2. Qualificação da renúncia à redução das liberalidades inoficiosas integrada na “partilha em vida” como um pacto sucessório renunciativo

A “partilha em vida” envolve uma renúncia dos herdeiros legitimários que nela participaram ao direito de reduzir as liberalidades, *quod erat demonstrandum*. Esta

¹³⁹ Acompanhamos, por isso, Menezes Leitão (Leitão, 2016, p. 148).

¹⁴⁰ Sendo certo que a solidariedade das obrigações tem de ser prescrita por lei ou resultar da vontade das partes, parece-nos que é a conjunção que vigora neste caso. No mesmo sentido, Corte Real, 1986, p. 167; Leitão, 2016, p. 148. Em sentido contrário, defendendo a solidariedade da obrigação dos restantes herdeiros, Mealha, 2002, pp. 539-540.

renúncia, atendendo à sua natureza contratual e ao seu conteúdo, conformado por uma renúncia a uma sucessão de terceiro ainda não aberta, consubstancia um pacto sucessório renunciativo.

A teoria geral dos pactos sucessórios assenta numa regra básica: em princípio, a celebração de contratos que versem sobre a sucessão de terceiro é proibida e cominada com a nulidade.

No entanto, Oliveira de Ascensão, ao pronunciar-se sobre a renúncia proibida pelo artigo 2170º, defendeu que o contrato pelo qual se renuncia ao direito de reduzir as liberalidades não consubstancia um pacto sucessório renunciativo¹⁴¹. Para o autor, um pacto sucessório renunciativo terá sempre de postular, como dispõe o próprio 2028º, uma renúncia à sucessão ainda não aberta no seu todo, e não uma “mera” renúncia a um direito que é conferido por via sucessória¹⁴².

Salvo o devido respeito, não nos parece que esta hipótese seja de acolher¹⁴³.

Sendo que os contratos sucessórios são contratos pelos quais se regula, em vida, a própria sucessão ou a sucessão de terceiro ainda não aberta, não podemos deixar de admitir que a renúncia ao direito de reduzir as liberalidades é um contrato sucessório renunciativo. É certo que não se renuncia à sucessão no seu todo, mas os herdeiros legitimários renunciam a um direito que só é conferido em virtude desta: o de exigir a legítima na íntegra, legítima essa integrada numa sucessão de terceiro, ainda não aberta. A renúncia, por contrato, a este direito sucessório é suficiente, parece-nos, para verificar a presença de um pacto sucessório renunciativo na “partilha em vida”.

Num breve olhar sobre o sistema jurídico alemão, que revela uma abertura à figura dos pactos sucessórios traduzida na ampla admissibilidade conferida aos pactos sucessórios renunciativos (*Erbverzicht*) e designativos (*Erbvertrag*), verificamos que o conteúdo da renúncia que integra os pactos sucessórios renunciativos pode revestir as mais diversas formas. Na verdade, o BGB dedica uma secção ao *Erbverzicht* na qual concretiza as diferentes possibilidades de renúncia do sucessível aos direitos na sucessão de outrem ainda vivo. Por um lado, a renúncia contratual tem por objeto os direitos que seriam conferidos ao sucessível através da designação sucessória legal¹⁴⁴, ou restringe-se à “sucessão necessária”¹⁴⁵ (§ 2346 (1) e (2) BGB). Por outro lado, nos

¹⁴¹ Cfr. Ascensão, 2000, pp. 93-94.

¹⁴² Não é, no entanto, por isto que a renúncia à redução seria permitida. Isto porque, para o autor, embora a proibição da renúncia não advenha do artigo 2028º, advém de um princípio geral em direito sucessório do qual o 2170º é um afloramento: o princípio segundo o qual não se podem celebrar negócios, em vida, sobre a sucessão. Ascensão, 2000, p. 94.

¹⁴³ Seguimos, neste ponto Daniel Morais (Morais, 2016, p. 384).

¹⁴⁴ Referimo-nos aqui ao equivalente à sucessão legitimária e, na parte não abrangida por esta, à sucessão legítima.

¹⁴⁵ Equivalente à sucessão legitimária, terminologia usada por Daniel Morais (Morais, 2016, p. 660).

termos do § 2352 BGB, também os direitos que decorram de liberalidades testamentárias ou de pactos sucessórios institutivos podem ser objeto de renúncia.

Também no ordenamento jurídico francês, onde o alargamento da liberdade de dispor e o consequente enfraquecimento da legítima têm norteados o legislador, se consagrou, como pacto sucessório renunciativo, exatamente a renúncia antecipada ao direito de reduzir as liberalidades¹⁴⁶ (artigo 929º do *Code Civil*).

Ainda para apoiar a nossa orientação, Daniel Morais convoca um argumento histórico, sustentando que durante muito tempo a renúncia à ação de redução foi um expediente utilizado para se obter a renúncia à própria legítima e, por isso, ambos constituem pactos renunciativos¹⁴⁷.

Mas nada demonstra melhor a qualificação desta renúncia como um pacto sucessório renunciativo como a própria resistência da generalidade dos autores em admitir o não funcionamento da redução por entenderem que tal solução constituiria um pacto sucessório renunciativo. Aliás, foi mesmo possível verificar que o tradicional preconceito¹⁴⁸ contra os pactos sucessórios paralisa as construções apresentadas pelos autores¹⁴⁹. Como vimos *supra*, quando alguns autores se depararam com a possibilidade do instituto da redução por inoficiosidade não operar, apressaram-se a defender que tal solução seria proibida pelos artigos 2028º e 2170º, sem questionar se a “partilha em vida” poderia constituir – como constitui – uma exceção a esse princípio legalmente consagrado. Cremos que o tradicional preconceito com que os pactos sucessórios são olhados tem um peso fundamental e limitativo nestas construções doutrinárias.

Designadamente, Capelo de Sousa, com o fundado receio de que o legislador pudesse ter aberto a porta a um pacto sucessório renunciativo, constrói um raciocínio segundo o qual, perante a superveniência de herdeiro legítimo, a colação teria de funcionar para proteger os seus interesses. Já relativamente à redução por inoficiosidade, apesar de sublinhar que deve funcionar para assegurar os interesses dos herdeiros supervenientes, estende a sua aplicação a todos os herdeiros legítimos, com receio de tal solução embater com o tido como intransponível limite do artigo 2170º CC. Influenciada pelo dogma da proibição dos pactos sucessórios, também

¹⁴⁶ Xavier, 2016b, p. 61: “uma tal renúncia constitui um pacto sobre sucessão futura, que é assim exceção admitida por lei”.

¹⁴⁷ Cfr. Morais, 2016, p. 384.

¹⁴⁸ Desde o direito romano que os pactos sucessórios são vistos com uma certa hostilidade, seguindo-se um período de abertura a estes contratos com as invasões germânicas, mas que logo encontraram resistência com o renascimento do direito romano, que trouxe consigo o renascimento das ideias da proibição dos pactos sucessórios (Cruz, 1965, pp. 104 e ss).

¹⁴⁹ Afirma mesmo Daniel Morais que o dogma da proibição dos pactos sucessórios leva a uma leitura da “partilha em vida” que faz “perigar a sua própria função (...) ou que não retira todas as consequências que as suas premissas parecem implicar” (Morais, 2016, p. 381).

Esperança Mealha tenta fugir de tal forma à presença de um pacto sucessório na “partilha em vida” que acaba por fazer uma construção complexa na qual o instituto não funciona, mas onde não há qualquer renúncia porque a “partilha em vida” diz respeito a bens determinados¹⁵⁰.

Em suma: Não se poderá, assim, negar que a renúncia caracterizadora de um pacto sucessório renunciativo possa ter por objeto não só o quinhão hereditário de um determinado sucessível, mas também outros direitos na sucessão futura¹⁵¹. O direito de exigir a redução das liberalidades é uma garantia que a lei atribui por força da qualidade de sucessível legitimário que reside nestes sujeitos. Quando este sucessível se priva, voluntariamente, de exercer este direito relativamente a uma sucessão que ainda não foi aberta, estamos, inegavelmente, perante um pacto sucessório renunciativo.

Esta conclusão não pretende, refira-se, agravar os problemas que os contornos da “partilha em vida” possam trazer. A consideração de que a “partilha em vida” encerra um pacto sucessório renunciativo permite tornar o instituto num ato mais eficaz, que cumpre de forma consistente os propósitos que fundamentaram a sua celebração, e permite concretizar firmemente as vantagens que lhe são tradicionalmente reconhecidas. Por outro lado, oferece uma visão diferente dos pactos sucessórios e da sua utilização para alargar a liberdade de dispor em vida e adequar o sistema sucessório português às novas realidades.

Conclusão

Atendendo à sua configuração, a impropriamente denominada “partilha em vida” encerra um pacto sucessório renunciativo legalmente admitido, contendo a renúncia por parte dos herdeiros legitimários intervenientes no ato ao direito de proporem uma ação com vista à redução, por inoficiosidade, das liberalidades que ela integra. Esta conclusão é o resultado de um caminho percorrido, composto por diferentes metas, cada uma delas constituindo em si mesma um resultado essencial e fundamental para podermos obter esta afirmação final.

Uma primeira meta permitiu analisar o instituto da “partilha em vida”, com todas as suas características, atribuindo-lhe a natureza jurídica de doação, qualificação fundamental para a compreensão de todo o estudo.

Através deste ponto de partida, foi possível concretizar as especificidades deste instituto face às doações em geral, no plano da sua não sujeição aos institutos da colação e da redução por inoficiosidade, explicando-se, assim, as exigências conformadoras das

¹⁵⁰ Cfr. Mealha, 2002, p. 553.

¹⁵¹ Cfr. Morais, 2016, p. 386.

particularidades da “partilha em vida” – a intervenção de todos os herdeiros e a obrigação de pagar tornas, igualando os sucessíveis legitimários.

Alcançada a segunda meta, foi possível demonstrar o abuso do direito em que incorreriam os herdeiros legitimários intervenientes na “partilha em vida” se lhes fosse permitido o recurso à redução das liberalidades por inoficiosidade após terem prestado o respetivo consentimento. É este consentimento, prestado por todos os sucessíveis legitimários intervenientes, que nos permite encontrar o comportamento que contradiz a futura ação de redução das liberalidades integradas na “partilha em vida”, e que constituiria um *venire contra factum proprium*.

Inegavelmente, a renúncia subjacente à “partilha em vida” configura um pacto sucessório renunciativo uma vez que constitui, em si mesma, uma renúncia a um direito conferido por via sucessória, numa sucessão de terceiro, ainda não aberta.

A admissibilidade deste pacto sucessório decorre da própria consagração da “partilha em vida”. A exceção à proibição de renunciar ao direito de reduzir as liberalidades que foi aberta é explicada pelo abuso do direito em que incorreriam os herdeiros legitimários quando viessem intentar esta ação. Além disto, esta ideia é reforçada pela tutela que foi conferida ao herdeiro legitimário superveniente. Ao conferir-se a este o direito de crédito previsto no n.º 2 do artigo 2029º, o legislador afastou expressamente a possibilidade de este sucessível intentar a ação de redução. Não se compreenderia que a lei vedasse esta possibilidade a um legitimário que não participou na “partilha em vida” e a reconhecesse àqueles que nela foram parte e que nela consentiram.

Do exposto, não pode deixar de resultar a presença, no nosso ordenamento jurídico, de um pacto sucessório, legalmente admitido, como exceção ao princípio da proibição da sucessão contratual.

Bibliografia

- ASCENSÃO, J. O. (1996). O herdeiro legítimo. *ROA*, n.º 57, pp. 5-25.
- ASCENSÃO, J. O. (2000). *Direito civil. Sucessões*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ASCENSÃO, J. O. (2002). *Direito civil. Teoria geral. Relações e situações jurídicas*. Coimbra: Coimbra Editora.
- BARREIROS, J.A. (1977). A partilha em vida no Código Civil. *ROA*, n.º 37, vol. III, pp. 585-643.
- BARREIROS, J.A. (1978). A partilha em vida no Código Civil. *ROA*, n.º 38, vol. I, pp. 17-70; vol. II, pp. 189-215; vol. III, pp. 479-524.
- BARREIROS, J. A. (1979). A partilha em vida no Código Civil. *ROA*, n.º 39, vol. I, pp. 63-103.
- COELHO, F. P. (1992). *Direito das sucessões*. Coimbra.
- Comissão revisora do anteprojeto do direito das sucessões. (1964). Actas. *BMJ*, n.º 133.
- CORDEIRO, A. M. (2005). Do abuso do direito: Estado das questões e perspectivas. *ROA*, n.º 65, vol. II.
- CORDEIRO, A. M. (2015). *Tratado de direito civil. Parte geral. Exercício jurídico*. Coimbra: Almedina.
- CORTE-REAL, C. P. (1985). Curso de direito das sucessões. *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 325-327.
- CORTE-REAL, C. (1986). A partilha em vida. *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 330.
- CORTE-REAL, C. (1989). Da imputação das liberalidades na sucessão legítima. *Centro de Estudos Fiscais – Ministério das Finanças*.
- CRUZ, G. B. (1965). Os pactos sucessórios na história do direito português. *RFDUSP*, vol. LX.
- DIAS, C. A. (2014). *Lições de direito das sucessões*. Coimbra: Almedina.
- FERNANDES, L. C. (2010). *Teoria geral do direito civil. Fontes, conteúdo, garantias da relação jurídica*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- FERNANDES, L. C. (2012). *Lições de direito das sucessões*. Lisboa: Quid Iuris.
- FERNÁNDEZ, J. C. (2000). Artigo 1065º. In AA.VV. *Comentario del Código Civil – Tomo 5*. Barcelona: Bosch.
- FORGEARD, M., CRÔNE, R. & GELOT, B. (2007). *Le nouveau droit des successions et des libéralités. Loi du 23 de Juin 2006. Commentaire & formules*. Paris: Defrénois.
- LEITÃO, L. M. (2015). *Direito das obrigações. Contratos em especial*. Coimbra: Almedina.
- LEITÃO, L. M. (2016). A partilha em vida. In AA.VV., *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*, pp. 145-158. Coimbra: Almedina.
- LIMA, F. P. & VARELA, J. A. (1998). *Código Civil anotado. Volume VI (arts. 2024º e 2334º)*. Coimbra: Coimbra Editora.
- MACHADO, S. T. (1990). Teoria e prática da partilha em vida. *RN*, n.º 2, pp. 177-194.

- MATOS, A. (1980). A partilha em vida no Código Civil depois da reforma de 1977. *RN*, n.º 1, pp. 5 e ss.
- MAZEAUD, H., MAZEAUD L. & MAZEAUD, J. (1982). *Leçons de droit civil – Tome Quatrième, Deuxième Volume, par André Berton*. Paris: Éditions Montchrestien.
- MEALHA, E. (2002). Partilha em vida e seus efeitos sucessórios. In AA.VV. *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. I, pp. 523-555. Coimbra: Almedina.
- MORAIS, D. (2016). *Autodeterminação sucessória por testamento ou por contrato?*. Cascais: Principia.
- MOZOS, J. L. (1960). La p rtici n de herencia por el próprio testador. *Revista de Derecho Notarial*, n.º 27.
- PHILLIPE, C. (1984). La pratique des partages d’ascendant depuis de la loi du 3 Juillet 1971, *RTDC*, n.º 83.
- PINHEIRO, J.D. (2017). *O direito das sucessões contemporâneo*. Lisboa: AAFDL Editora.
- SOUSA, R. C. (2000). *Lições de direito das sucessões – vol. I*. Coimbra: Coimbra Editora.
- SOUSA, R. C. (2002). *Lições de direito das sucessões – vol. II*. Coimbra: Coimbra Editora.
- TELLES, I. G. (1956). Anteprojeto da parte do novo Código Civil relativa ao direito das sucessões, *BMJ*, n.º 54.
- TELLES, I. G. (1991). *Direito das sucessões – Noções fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora.
- VASCONCELOS, P. P. (2012). *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina.
- 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 AA.VV., *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 AA.VV., *Edição comemorativa do cinquentenário do Código Civil*, pp. 593-614. Lisboa: Universidade Católica Editora.

Tentativa de Instigação:

Punibilidade da proposta de homicídio

Mariana da Costa Nunes Fardilha

Sob a orientação da Professora Doutora Maria Paula
Ribeiro de Faria

*À Estrela que me acompanha em todas as caminhadas,
Ao Meu Pai, à Minha Irmã, à Eterna Amizade,
À Orientadora Prof. Doutora Paula Faria,
Ao Escritório SG.MC,*

*A todos,
Obrigada!*

“O trato diário dos processos levanta amiudadas vezes dificuldades no entendimento das leis de rito.

E o mal não vem nem das leis nem dos intérpretes. Daquelas está dito e redito com as melhores – e quantas vezes se não lida com as melhores... - são insuscetíveis de abarcar todas as manifestações de uma vida infinitamente mais rica do que elas. E dos intérpretes se pode dizer que o mal vem, mas é dos que não têm dificuldades.

Ora os processos são afinal uma série de atos minuciosamente regulados que se desenrolam sob o olhar atento de especialistas do direito; e assim se multiplicam as naturais dificuldades de entendimento das leis – porque a acção decorre num ambiente jurídico mais denso (seja-me consentida a imagem) e porque um sentido mais apurado as descobre melhor.

De grandeza diferente, a par das que só cabem bem na monografia ou no artigo extenso e profundo, há um rôr de outras que não podem aspirar a tanto, ou porque mal tem estofo para isso, ou porque de mínimo relevo prático, ninguém lhes liga importância.

Mas também estas, leves como são, nos quebram às vezes rijamente a cabeça.”

Eduardo Correia

Resumo

Este trabalho tem por objetivo responder à seguinte questão: como enquadrar juridicamente o comportamento de alguém que determina dolosamente outrem à prática de um crime de homicídio, quando este último não chega a praticar qualquer ato de execução – o chamado “pacto para matar”?

Assumimos a teoria do domínio do facto como a que melhor clarifica o quadro legal do artigo 26º e, conseqüentemente, as duas modalidades de autoria que aqui se confrontam – autoria mediata e instigação –, que têm sido as duas formas de autoria utilizadas pela doutrina e jurisprudência para enquadrar estes casos. Estudámos os dois conceitos a propósito da discórdia suscitada pelo acórdão uniformizador de jurisprudência de 18/06/2009.

Paralelamente, desenvolveu-se uma categoria específica de autoria mediata, denominada de aliciamento por Conceição Valdágua, de forma a deslocar a questão para o âmbito da responsabilidade singular, tratando-se de uma forma de instrumentalização do aliciado que se subordina voluntariamente à vontade do autor mediato. Sob o nosso ponto de vista, trata-se de um alargamento demasiado rebuscado e *contra legem*, que não deve merecer acolhimento, pois o homem da frente é uma pessoa plenamente responsável. Fala-se, assim, à luz do princípio da autorresponsabilidade de uma instigação que não se efetivou.

Também importa abordar a matéria da tentativa, onde o legislador exige a execução ou o início dela por parte do executor, motivo pelo qual, segundo a lei vigente, o agente não poderá ser punido nestes casos; estamos perante meros atos preparatórios, não puníveis nos termos do artigo 21º.

Não obstante, a punição desses comportamentos não deve, dada a sua perigosidade, ficar dependente da consumação ou não do crime de homicídio: o agente detém o domínio do facto sob a forma de domínio de decisão, é quem impulsiona a decisão de cometer o ilícito, dá todas as indicações ao pretense executor, é o mandante do crime, que só não se consuma por razões alheias à sua vontade. Assim, mesmo não estando na esfera dos atos de execução, são atos preparatórios que devem ser excecionalmente punidos, por significarem já um perigo para o bem jurídico.

Bem sabemos que a intervenção penal deve ser de *ultima ratio* e apenas na medida em que se considere digna e necessária, mas no nosso entender vislumbram-se estas exigências nestes casos, pelo que se sugere a criminalização da “Proposta de Homicídio”.

Palavras-chave: Comparticipação, autoria mediata, instigação, tentativa, proposta de homicídio

Abstract

This work aims to answer the following question: how do we legally frame the behaviour of someone who incites someone else to practice the crime of homicide, when the crime is not perpetrated (the pact to kill)?

It is the theory of control that clarifies the meaning of article 26 and, consequentially, the two types of authorship – indirect authorship and instigation – which have been used by the legal doctrine and jurisprudence to frame these situations. Both of these legal concepts have been studied because of the discord raised by a court decision of 18/06/2009.

A specific category of indirect authorship called inducement was developed by Conceição Valdágua as a way of moving the issue to the field of singular criminal responsibility, because it is an instrumentalization of the inductee, who voluntarily submits to the will of the indirect author. In our perspective, this widening of the concept is farfetched and *contra legem* and, thus, should not be accepted, since the front man is fully responsible. According to the self-responsibility principle, we are faced with an instigation that did not culminate in the practice of a crime.

We will also address the criminal attempt, a field where the legislator demands the execution, or its beginning, by the executor, which is why the perpetrator cannot be punished. These are the non-punishable preliminary acts, according to article 21.

Nevertheless, the penalty for these behaviours should not be dependent of the consummation of the homicide, given its hazardousness: the perpetrator retains the dominion of the situation, he is the one who makes the decision to commit the crime, the one behind the crime. Even though they are not in the field of execution acts, these are preliminary acts that should be punished exceptionally, since they represent a danger to the legal interest.

We know that criminal intervention should be the last resort and in the required dose. In our understanding, the requirements for these cases are fulfilled, therefore we suggest the criminalization of the “Homicide Proposal”.

Keywords: Co-participation, indirect authorship, instigation, crime attempt, homicide proposal

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
Art.	Artigo
CP	Código Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
Ex.	Exemplo
N.º	Número
P.	Página
Proc.	Processo
ProjPG	Projeto da Parte Geral
SS	Seguintes
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal Alemão)
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRP	Tribunal da Relação do Porto

Subentenda-se que todos os artigos mencionados ao longo da dissertação são referentes ao Código Penal Português, salvo indicação em contrário.

ÍNDICE

Considerações introdutórias	8
I. A participação criminosa. Modalidades de participação	9
1. Das formas de autoria	12
1.1. Autoria imediata	13
1.2. Autoria mediata	14
1.3. Coautoria	20
1.4. Instigação	21
2. Das formas de participação	24
II. O <i>iter criminis</i> . Em especial a tentativa	24
1. Atos preparatórios	25
2. Tentativa	26
2.1. Elementos do tipo	27
2.2. Punibilidade da tentativa	29
3. Tentativa na autoria mediata e tentativa na instigação	30
III. O mandato criminoso. De <i>iure constituendo</i>	30
1. A problemática do acórdão do STJ de fixação de jurisprudência	30
2. A punibilidade da “proposta de homicídio”	34
Considerações finais	37
Bibliografia	39

Considerações introdutórias

A temática objeto de estudo versa sobre uma questão de cariz prático que tem sido traçada por uma ampla controvérsia doutrinal e jurisprudencial. Reportamo-nos às situações em que alguém procura incutir num terceiro a decisão de cometer um crime (neste caso, um homicídio), sendo que, no entanto, este último não chega a praticar atos de execução – o denominado “pacto para matar” ou mandato criminoso.

Para tanto, abordaremos a figura da comparticipação criminosa, nomeadamente a destrinça entre autoria e participação, de forma a conseguir subsumir a factualidade numa ou noutra e, ainda, sob que modalidade. Isto porque a controvérsia a que damos conta tende em qualificá-la como autoria mediata ou, ao invés, como instigação.

Além de nos centrarmos na análise deste comportamento, que evidencia uma relação paredes-meias entre as duas modalidades de autoria referidas, outra das problemáticas assenta na punibilidade da tentativa, uma vez que o terceiro (pretenso executor) não chega a praticar qualquer ato de execução. Assim, inclui-se na nossa sistematização a condução do projeto criminoso, o *iter criminis*, e a importante clarificação díspar entre atos preparatórios e atos de execução.

Ultrapassada a explanação doutrinal, urge-nos confrontá-la com a jurisprudência (que se verificará contraditória) e, assim, procurar enquadrar aquela conduta naquele que achamos ser o espírito do legislador; e, não concordando, reconhecer uma flagrante necessidade de *iure constituindo*, atendendo sempre aos princípios fundamentais de um Estado de Direito, como sejam o princípio da legalidade e proporcionalidade, e às sempre presentes dignidade e necessidade penais, não descurando a proteção do bem jurídico em causa, a segurança da comunidade ferida pelo alarme social inerente ao comportamento perigoso e de indiscutível censurabilidade moral, e as exigências de política criminal reveladoras de uma prevenção (geral). Pelo que, com vista a complementar a nossa investigação, indicaremos as soluções encontradas noutros ordenamentos jurídicos (concretamente, o alemão e o espanhol), bem como as nossas próprias propostas de outrora e até pontuais afloramentos desta punição no atual código penal.

Vejamos, assim, como classificar este alguém que influencia um terceiro a tirar a vida de outrem e que, enquanto mandante, já concluiu todas as suas atividades (contratou, combinou pagamento, definiu o *modus operandi* e indicou todas as informações pertinentes à prática do facto), crime que só não ocorreu porque o suposto contratado não assentiu e, por isso, não praticou qualquer ato de execução – ou seja, a resolução criminosa interrompeu-se por razões completamente alheias ao detentor da vontade criminosa.

I. A comparticipação criminosa. Modalidades de participação

O nosso ordenamento jurídico-criminal prevê duas tipologias de crime consoante a participação dos agentes na sua realização: os crimes monossubjetivos e os crimes plurissubjetivos. Os crimes monossubjetivos podem ser praticados apenas por uma pessoa ou, eventualmente, por mais do que uma pessoa, e são denominados crimes de participação facultativa. Em contraposição, os crimes plurissubjetivos apenas podem ser praticados por vários agentes, ou seja, são crimes de participação necessária¹.

Atualmente, o cometimento de crimes é cada vez mais um fenómeno plural, contrariando o geralmente previsto nos tipos de ilícito, dada a referência a um “quem” como autor singular², o que suscita questões do ponto de vista do apuramento da responsabilidade em função da influência que cada um dos agentes teve na consumação do crime. Será o fenómeno da criminalidade plural no âmbito da realização de tipos de ilícito monossubjetivos que iremos aprofundar, ou seja, a disciplina jurídica – comparticipação criminosa – a que corresponde uma “realidade multimoda”³ de difícil enquadramento manifestada pela vasta doutrina e múltiplas classificações nos diversos sistemas legislativos.

O conceito de comparticipação⁴ criminosa significa a intervenção de uma pluralidade de agentes na prática de um mesmo ilícito criminal, dirigindo-se objetivamente à lesão ou ao perigo de lesão de um bem jurídico tutelado pela norma incriminadora. É, portanto, “um facto complexo, constituído por uma pluralidade de acções ou factos individuais”⁵ que “pressupõe uma unidade quanto ao fim comum, e uma divisão do trabalho ou da atividade que conduz ao resultado comum dos esforços de todos os cooperantes”⁶.

A participação de cada um dos agentes na realização da “obra comum” implica a imputação individual da totalidade do facto, independentemente da concreta atividade que cada um haja realizado – princípio da imputação objetiva recíproca⁷. Assim, na comparticipação toma-se em consideração uma maior amplitude de ações do que na autoria singular – os atos preparatórios relevantes são consumidos pelos atos de

¹ Silva, 2012, p. 342 e 343; Faria, 2017, p. 385.

² A técnica legislativa geralmente utilizada refere um *quem* por alusão a um autor singular; portanto, a maior parte dos crimes são previstos como unissubjetivos ou monossubjetivos, passíveis, contudo, de serem realizados por uma pluralidade de agentes, através da extensão da punibilidade prevista na Parte Geral do Código (arts. 26º e 27º).

³ Ferreira, 1982, p. 76.

⁴ Importa fazer a distinção entre o termo comparticipação, “que designa o facto em que vários agentes colaboram, do termo participação que designa o facto ou a acção individual de cada agente, de cada participante, que se insere no facto ou acção coletiva”. Assim, a comparticipação criminosa é constituída ou composta pelas diversas formas de participação (participação principal ou autoria e participação secundária ou cumplicidade), não sendo, assim, conceitos unívocos (Silva, 2012, p. 344).

⁵ Silva, 2012, p. 347.

⁶ Ferreira, 1982, p. 76.

⁷ Ferreira, 1995, p. 82.

execução – uma vez que, mesmo que um dos agentes tenha apenas preparado ou facilitado a consumação do crime, responde pela sua totalidade. Quanto ao plano da culpabilidade, a responsabilização já se ajusta ao grau de culpa individualmente apreciado – art. 29º.

Assim sendo, para que seja possível subsumir juridicamente a factualidade que descrevemos em sede de considerações introdutórias – leia-se as hipóteses em que alguém decide matar outra pessoa e contrata outrem para o concretizar, mediante pagamento de determinada quantia, e, conseqüentemente, este último recebe indicações relacionadas com a prática do facto, ficando o primeiro na expectativa dessa efetivação, ainda que o segundo não venha a praticar qualquer ato de execução –, assumirá extrema relevância analisar as diversas formas de autoria, bem como diferenciá-las da categoria da participação e, assim, enquadrar, se possível, este alguém numa delas.

A disposição do art. 26º traça as quatro formas de autoria, designadas na literatura juspenalista portuguesa por autoria imediata, autoria mediata, coautoria e instigação, pelo que importa esclarecer que figura será esta, a de autor, e que domínio terá ele sobre os factos.

Pois bem, a legislação vigente define como formas de participação a autoria (participação principal) e a cumplicidade (participação secundária)⁸, surgindo diversas teorias para a determinação e distinção dos conceitos.

A **teoria formal objetiva** defende que será denominado de autor aquele que verdadeiramente comete/executa pessoalmente o facto em função da norma incriminadora, enquanto o cúmplice não toma parte direta na execução material do ilícito, apenas colaborando na perpetração do mesmo, ou seja, assume uma dependência entre a figura de autor e a realização do ilícito típico sob o princípio *nullum crimen sine lege*. A seu desfavor notamos o facto de a própria teoria não ser suficientemente esclarecedora no que aos critérios utilizados diz respeito: haveria que interpretar o significado de execução do facto.

A **teoria material objetiva** sustenta um ideal característico da tese da causalidade, mediante a qual será autor aquele que causa a consumação do facto, aquele que, considerando o desenrolar normal do processo criminoso, lhe oferece uma contribuição causal determinante. O que Eduardo Correia aceitava ser o fundamento da comparticipação criminosa, adotando um conceito extensivo de autor⁹ – presente no art.

⁸ O CP de 1986 previa também o *encobrimento* como modalidade de participação que, entretanto, se autonomizou no crime de favorecimento pessoal consagrado na parte especial do Código (arts. 367º e ss).

⁹ Monteiro, 1999, p. 46; “Será agente da realização de um certo tipo legal de crime e da violação dos respetivos valores legais quem lhe tiver dado causa. Por outras palavras: será autor de um delito aquela pessoa ou pessoas que tiverem levado a cabo qualquer comportamento que esteja num nexo de causalidade com o preenchimento do respetivo tipo legal” (Correia, 1948, pp. 42 e 43).

27º do ProjPG¹⁰ elaborado por si – perpassa por um ideal de obra conjunta, cuja prática do crime ficou a dever-se àqueles intervenientes, independentemente da medida colaborativa de cada um, ou seja, considera todos como autores, fundamentando-se na teoria unitária da autoria, pelo que a diferença entre os contributos causais só releva para efeitos de medida concreta da pena¹¹. A destrição entre os conceitos alega-se ainda possível, sendo considerado autor se e onde se puder afirmar que “o facto não teria sido cometido sem a sua actuação (*auxiliator causam dans*)”, e mero participante ou autor em sentido amplo “se o facto ainda tivesse sido cometido sem a sua actuação, embora o tivesse sido então por modo, tempo, lugar e/ou circunstâncias diferentes (*auxiliator causam non dans*)”¹².

Em termos gerais, na expectativa de colmatar as lacunas das teorias objetivas, a **teoria subjetiva**, baseada na representação da vontade do agente, qualifica como autor aquele que atua com *animus auctoris*, que não reconhece nenhuma vontade superior à sua (teoria do dolo), perseguindo um interesse próprio e autónomo (teoria do interesse), e como cúmplice aquele que atua com *animus socii*, que apenas se associa ao facto de outrem com o ânimo de colaborar, concedendo ao autor a decisão de cometer ou não o crime. De um ponto de vista crítico, bem sabemos que as próprias normas incriminadoras deduzem objetivamente os comportamentos exigidos para que se considere o concreto interveniente como autor; logo, não será somente o *animus* do agente que logrará no sentido da sua verificação. Ademais, não nos podemos cingir, por si só, ao sentimento pessoal do agente e às suas realidades puramente internas e psíquicas para determinar se se trata de um “papel” de autor ou de mero participante.

Das teses brevemente analisadas, depreendemos a necessidade de combinar elementos quer das posições objetivas, quer das subjetivas, que culminaram na **doutrina do domínio de facto**, por nós essencialmente aceite, bem como pelo ordenamento alemão, através do estudo de Roxin na sua obra *Täterschaft und Tatherrschaft*, que define autor como sendo a figura central do acontecimento – é o *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. A conjugação objetiva-subjetiva do facto verifica-se, pois “aparece, numa sua vertente

¹⁰ “Art. 27º: É punível como autor ou agente de um crime quem tiver dado causa à sua realização sob as formas seguintes: 1º Executando-o singular e imediatamente; 2º Executando-o imediatamente, por acordo e conjuntamente com outro ou outros; 3º Determinado – quer singular, quer por acordo e conjuntamente com outros – directa e dolosamente alguém à prática de um facto ilícito, sempre que este, ao menos em começo de execução, se tenha praticado e não houvesse sido cometido sem aquela determinação; 4º Determinado directa e dolosamente alguém à prática de um facto ilícito ou auxiliando-o dolosamente na sua execução sempre que, tendo embora sem aquela determinação ou auxílio a execução sido levada a cabo, ela o fosse, todavia, por modo, tempo, lugar ou circunstâncias diferentes. Esta última forma de comparticipação constitui a cumplicidade”.

¹¹ Silva, 2012, p. 359.

¹² Dias, 2012, p. 762.

como obra de uma vontade que dirige o acontecimento, noutra vertente como fruto de uma contribuição para o acontecimento dotada de um determinado peso e significado objetivo”¹³.

Assim, trata-se de um conceito restritivo de autor – contra a opinião de Eduardo Correia –, aberto, que fornece uma descrição e não uma definição exata do mesmo, ajustando-se *a posteriori* aos casos concretos; por outras palavras, “não se trata de uma qualquer operação de subsunção que permita delimitar o âmbito da autoria, mas antes de um princípio normativo ligado à realização do ilícito típico que só na sua aplicação às variadíssimas situações concretas da vida alcança a sua máxima concretização”¹⁴. Todavia, há que realçar que a doutrina roxiniana, defendida por Figueiredo Dias, não se aplica de forma universal, mas tão-só aos chamados delitos de domínio, isto é, aos crimes dolosos de ação, excluindo-se os delitos negligentes¹⁵, de omissão¹⁶ e de dever¹⁷.

Apesar de sufragarmos esta teoria, não rejeitamos inteiramente as formulações causais; contudo, “esquecer as diferentes modalidades de colaboração criminosa seria fechar os olhos à realidade e com isso a uma justa valoração criminal”¹⁸, pelo que para além de ser necessário analisar “a possibilidade que o agente tem de influenciar o processo causal”, deve tomar-se em consideração “o seu grau de conhecimento e de intenção relativamente à prática do crime, ao controlo que detém do processo e ao significado abrangente que toma a conduta em face das circunstâncias do caso concreto”¹⁹.

Em face do exposto, constatamos que a autoria, segundo o critério de Roxin, pressupõe uma relação de pertença concretizada nos variados tipos de domínio: domínio de acção (*Handlungsherrschaft*), domínio de vontade (*Willensherrschaft*) e domínio funcional (*funktionelle Tatherrschaft*), sobre os quais se reconhece uma correspondência às variadas formas de autoria previstas no Código Penal vigente (art. 26º).

1. Das formas de autoria

A redação encontrada para os atuais arts. 26º e 27º afere-se diferente do já referido art. 27º previsto no ProjPG, entendida a necessidade de separar os dois conceitos normativamente, sendo, portanto, o resultado da transação entre a conceção causal de Eduardo Correia e a teoria do domínio de facto o que permitiu encontrar soluções mais

¹³ Dias, 2012, p. 766.

¹⁴ Sousa, 2005, p. 344.

¹⁵ Uma vez que nestas situações não há o controlo, o domínio do facto pelo agente.

¹⁶ Não se retira deste tipo de ilícitos a direção da ação para a execução do facto.

¹⁷ Há um dever que recai sobre pessoas determinadas, das quais se supõem determinadas qualidades ou deveres especiais, pelo que perante a sua ausência exclui-se a admissão da figura de autor.

¹⁸ Correia, 1948, p. 194.

¹⁹ Faria, 2017, p. 303.

justas e em conformidade com os específicos comportamentos que cada agente possui aquando da prática do crime. Assim, reestruturaram-se as várias formas de autoria – integrando nelas a instigação – e autonomizou-se a figura da cumplicidade, entendendo-se que o conceito de autoria deve consubstanciar-se na sua vertente restritiva.

O preceito legislativo de 1852 utilizava a expressão *considerados autores*²⁰, que no Código de 1886 foi substituída, com vista a eliminar possíveis imprecisões, para *são autores* e depois, desde o CP de 1982, para *é punível como autor* quem executa o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou toma parte direta na sua execução, por acordo ou juntamente com outro ou outros, e ainda o que, dolosamente, determina outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução. Será sobre esta norma que nos debruçaremos adiante.

Podemos ainda distinguir, 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 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. O próprio CP de 1886 caracterizava os autores morais como sendo aqueles que constrangiam, determinavam, aconselhavam ou instigavam outro a cometer o crime – veja-se o seu art. 20^o²¹, nos seus n.ºs 3 e 4, pois parecem corresponder hoje às formas de autoria – autoria mediata e instigação – consagradas no CP em vigor²².

1.1. Autoria imediata

O primeiro segmento – quem executa o facto por si mesmo – refere-se a um autor material singular (agente imediato) que 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, domínio de acção”²³ – é, portanto, o “quem” anónimo mencionado nos

²⁰ Art. 25^o CP/1852: “São considerados autores: 1^o Os que por acto imediato tomam parte direta na execução do crime; 2^o Os que dão ordens para se cometer o crime a pessoa que lhes está sujeita; 3^o Os que por dádiva, promessa, violência, ameaça, abuso de autoridade, ou de poder, convenciam, ou obrigam, ou provocam a execução do crime; 4^o Os que aconselham, quando o conselho for causa determinante e sem ele não se executaria o crime”.

²¹ Artigo 20^o CP/86: “São autores: 2^o Os que por violência física, ameaça, abuso de autoridade ou de poder constrangerem outro a cometer o crime, seja ou não vencível o constrangimento; 3^o Os que por ajuste, dádiva, promessa, ordem, pedido, ou por qualquer meio fraudulento e directo determinaram outro a cometer o crime; 4^o Os que aconselharam ou instigaram outro a cometer o crime nos casos em que, sem esse concurso, não tivesse sido cometido o crime”.

²² A sistematização do StGB também faz a divisão fundamental entre autoria e participação, embora, ao invés do nosso ordenamento, inclua a instigação na participação.

²³ Dias, 2012, p. 775.

tipos legais. Assim, muito embora se trate de uma previsão de autor singular, não há incompatibilidade com a temática em estudo – comparticipação criminosa –, uma vez que pode ser também comparticipante, basta que haja mais agentes e que se qualifiquem como autores morais ou cúmplices.

Quanto ao domínio da ação como modalidade da teoria do domínio de facto roxiniana, retemos que, inevitavelmente, esta é a forma mais flagrante de demonstrar a centralidade do acontecimento na figura do autor imediato, isto porque não há qualquer meio que tenha constrangido ou influenciado a prática do facto; ele é, assim, o senhor de todo o processo criminoso.

1.2. Autoria mediata

A autoria mediata é a modalidade de autoria correspondente ao trecho executar “*por intermédio de outrem*”, ou seja, será considerado autor mediato quem executar²⁴ o facto através de outra pessoa, pressupondo uma estrutura plural: o chamado “homem de trás ou da retaguarda” e o “homem da frente” (autor imediato), que será utilizado como instrumento²⁵ do primeiro, sendo efetivamente este último o executor, o intermediário. Desta forma, o autor mediato pratica o facto através de um terceiro, instrumentalizado, a quem, por isso, não se imputará qualquer responsabilidade (princípio da autorresponsabilidade), pelo que apenas o verdadeiro detentor do ilícito penal será punido como autor mediato. Ele “ocupa uma situação de supremacia em relação ao autor imediato, que lhe permite ter o domínio de facto praticado”²⁶. Trata-se de posições desiguais entre agentes, pautadas por um domínio da vontade que o homem de trás tem sobre o executor do facto.

A pessoa instrumentalizada não tem como resistir à vontade dominante do autor mediato, sendo exatamente esse domínio que legitima a justiça penal a não responsabilizar alguém que cometeu um ilícito com as suas próprias mãos, mãos essas que, na verdade, se concretizam numa *longa manus* do próprio autor, “servindo-se de

²⁴ Cavaleiro de Ferreira entende que a inserção no texto do art. 26º deste alargamento da espécie da execução do crime está *deslocada*, na medida em que a fórmula “execução por intermédio de outrem” não é adequada ao entendimento da lei portuguesa. “Na verdade, aquele que executa o facto por intermédio de outrem não ‘executa’ o facto – não é executor, nem imediato, nem mediato – e antes determina outrem a executá-lo”, defendendo que a única diferença relativamente à instigação está no facto de muitas vezes o executor não ser imputável ou não ter culpa. No entanto, acaba por admitir que, apesar de este executar não ser corresponsável da noção de execução prevista nas definições do art. 22º, como o é para a execução quanto à coautoria material e para a instigação, será mais “*curial*” entender que a execução por intermédio de outrem ainda é execução através de outra pessoa, é execução direta como nas outras formas de autoria, e que o nosso CP apenas quis adotar uma terminologia “mais moderna” de acordo com a doutrina e legislação alemãs (Ferreira, 1992, pp. 482 e 483).

²⁵ “O executor, mesmo utilizado como instrumento, nunca é equiparado a um instrumento; a sua participação na execução do facto não deixa de ser uma participação material, embora não criminosa, e por isso a execução do crime só se inicia com os actos de execução por ele empreendidos” (Ferreira, 1982, p. 101).

²⁶ Faria, 2017, p. 306.

mãos alheias para o cometimento de um facto próprio”²⁷. Tudo isto revela que o decurso do processo criminoso depende da vontade daquele, devendo concentrar-se nele a verificação dos pressupostos de punibilidade.

Note-se que a lei não faz referência aos meios de que o homem da retaguarda pode dispor para determinar o homem da frente, o que pressupõe uma liberdade de atuação, desde que potencialize o cometimento da resolução criminosa²⁸, sendo, portanto, um conceito aberto dependente de concretização num plano concreto. Todavia, Roxin agrupa as situações de demonstração de domínio da vontade em: domínio de vontade por coação (*Willensherrschaft kraft Nötigung*), por erro (*Willensherrschaft kraft Irrtums*), e domínio de vontade nos quadros de aparelhos organizados de poder (*Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*)²⁹. Nas situações de difícil dissociação entre a autoria mediata e a instigação – que elucidaremos de seguida –, bastará o princípio da autorresponsabilidade como critério orientador para se entender que se o homem da frente for plenamente responsável caberá na instigação.

a) Atuação atípica do homem da frente

O agente imediato **não chega a praticar verdadeiramente uma ação**, sendo apenas utilizado como *projétil*, como peso bruto para, por exemplo, lesar a integridade física de outrem. Esta “pessoa-instrumento” encontra-se inconsciente, sob coação física (*vis absoluta*), ou atua de forma reflexa, involuntária³⁰. Logo, trata-se de uma ação direta do autor que, em bom rigor, consubstancia a modalidade de autoria imediata e não mediata.

Já consideramos tratar-se nitidamente de uma modalidade de autoria mediata nas situações de verdadeira coação sobre o autor imediato, isto corroborando o entendimento de Roxin da necessidade da verificação de um domínio de vontade, ou seja, a situação em que o agente imediato é forçado a realizar um tipo ilícito sob ameaça – aí sim, a conduta do executor preenche o tipo objetivo, mas não o tipo subjetivo. Também numa perspetiva histórica parecem-nos de melhor juízo as situações em que o homem de trás procede a uma ameaça suficientemente séria que implique uma reação sem alternativa do homem da frente. Resultamos de acordo com o CP de 1886, pois seriam autores os que “por violência física, ameaça, (...) constrangem outro a cometer o crime”, mas em desacordo na parte em que refere “seja ou não vencível o constrangimento”, uma

²⁷ Pereira & Lafayette, 2008, p. 125.

²⁸ Silva, 2012, p. 369.

²⁹ Conceição Valdágua não concorda que, fora os casos de coação e erro, a autoria mediata se esgote no fundamento de domínio de organização (Valdágua, 2003, p. 655).

³⁰ Exemplo de Figueiredo Dias: “quando, no decurso de uma rixa, A ergue B e o atira contra C para ofender a integridade física deste, ou se serve, para o mesmo efeito, de actos puramente reflexos de B” (Dias, 2012, p. 778).

vez que, como já demos conta, achamos que para haver um real constrangimento por parte do executor, de forma à sua vontade ser dominada, a ameaça deve ser consideravelmente grave³¹, sob pena de o executor vir a ser justamente responsabilizado.

Por outro lado, também o agente imediato atua atipicamente, quando sobre ele corre uma **causa de exclusão da tipicidade**, que não abrangeria o agente mediato se fosse realmente praticada por este, ou seja, a atuação “desfaz-se”, porventura, já ao nível do tipo objetivo. Socorrendo-nos do exemplo de Paula Faria: A, médico, incompatibiliza-se com B, sua paciente, e informa C, filho de B, que se a sua mãe não for coagida a comer, acabará por morrer sem forças. Ora, o filho C desconhece que afinal a mãe não se encontra nessas circunstâncias e faz o que o médico lhe deu conta, pelo que a sua conduta será adequada e atípica. E, ainda neste sentido, serão situações em que a atipicidade se afere a nível do tipo objetivo quando o autor imediato é simultaneamente instrumento e **própria vítima** do facto crime. Na prática falamos das denominadas auto-lesões, em que a integridade física ou o dano pressupõem na descrição típica a lesão de “outra pessoa” ou a danificação de “coisa alheia”³². Ora, se a vítima age não detendo o domínio de facto³³, deve o homem de trás ser punido como autor mediato, como explicitamos através do exemplo de Figueiredo Dias: se A convence B de que desligou a corrente elétrica e este pode proceder a uma reparação, A será autor mediato (ainda que discutível se não será mesmo autor imediato) da morte ou lesão provocada por si³⁴.

Finalmente, destacamos **o erro sobre a factualidade típica**, segundo o qual o instrumento atua sem dolo do tipo, porque o homem de trás o colocou em erro sobre a situação de facto. Nestas situações, já se certifica o preenchimento do tipo ilícito objetivamente, mas não do tipo subjetivo, dada a ausência de dolo do executor; na verdade, quem efetivamente tem dolo sobre a ação é o homem de trás, explorador³⁵ da vontade de um terceiro que vem a realizar a factualidade tipicamente prevista, correspondendo ao “domínio do erro” de Roxin. Exemplo será o caso em que A pede a B para entregar um pacote que dizia conter farinha a C, quando na verdade continha droga.

³¹ Um exemplo será o caso em que A ameaça pôr fim à vida de C, esposa de B, se este não disparar contra D naquele momento.

³² Arts. 131º, 143º e 212º.

³³ Se o agente imediato – vítima – detiver o domínio de facto, claramente já não consubstanciará a forma de autoria mediata, mas sim a de instigação; ou simplesmente não há determinação por parte do homem da retaguarda, pelo que ficará impune.

³⁴ Interessante será discutir sobre as situações em que a morte do homem da frente se dá com o suicídio, preenchendo a posição de autor imediato e de vítima. Assim, tendo em conta a tipicidade do nosso ordenamento jurídico, não será possível punir o homem de trás como autor mediato de homicídio, salvo se se considerar que tenha o completo domínio sobre o facto. Todavia, o incitamento e o auxílio ao suicídio são crimes autónomos previstos e punidos nos termos do art. 135º.

³⁵ Isto porque não será afirmada como autoria mediata apenas a situação em que o homem de trás provoca o erro no executor, mas também as situações em que aquele o explora ou se serve dele; daí a conotação de “instrumento” associada à autoria mediata. Nestas situações, o autor mediato poderia impedir a concretização do crime e, ao invés, não o faz, agindo o executor sem o domínio de facto e sem consciência do cometimento ilícito.

B apenas comete o ilícito penal induzido em erro, pelo que não pode ser responsabilizado, mas somente o autor mediato.

b) Atuação lícita do homem da frente

Estamos perante os casos em que a resolução criminosa levada a cabo pelo executor compreende o tipo incriminador, mas não a sua ilicitude. Concretamente, o agente imediato atua de forma justificada e, portanto, lícita, porém o homem de trás deve ser responsabilizado porque possui conhecimento real da situação, criando deliberadamente uma situação que despoleta uma defesa necessária do “seu” intermediário de modo a justificar a agressão a terceiro (legítima defesa), ou criando a convicção de que os requisitos de justificação estão verificados.

Perante as situações descritas, há um domínio do facto retirado do executor e atribuído ao homem de trás na modalidade de domínio de vontade sob circunstâncias de engano ou coação, para que assim aquele atue de forma lícita e não punível pelo direito. No entanto, o plano deste agente não segue de acordo com o seu propósito, uma vez que, por muito que haja justificação para o autor imediato, este homem de trás não deixa de ser autor mediato.

c) Atuação não culposa do homem da frente

A factualidade que preenche o tipo incriminador, que é ilícita, mas não culposa, por **falta de imputabilidade** em razão da idade ou da anomalia psíquica, permanente ou transitória do agente, podemos qualificá-la como autoria mediata. De facto, uma vez que o agente imediato não detém o domínio do facto sobre a sua atuação, e de acordo com o princípio da autorresponsabilidade, a factualidade não lhe pode ser jurídico-penalmente imputada, mas somente ao homem de trás que se serviu destas condições para fazer lograr os seus objetivos.

Por outro lado, também se conclui pela existência de autoria mediata quando o homem da frente atua sem culpa, embora típica e ilicitamente, por agir **sem consciência da ilicitude**, exigindo-se que esta seja **não censurável** e provocada pelo homem de trás, que conhece a perceção lacunosa do direito pelo agente imediato e, por isso, se aproveita da falta de domínio do facto através do erro sobre a valoração que lhe está adjacente, transferindo-o para o agente mediato. E, por último, os casos em que o homem da frente atua em **estado de necessidade desculpante**, nos termos do art. 35º, ou seja, quando pratica um facto ilícito adequado a afastar um perigo atual e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir-lhe,

segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente, criado de forma enganosa pelo homem de trás.

d) Atuação responsável do homem da frente

Perante a exposição realizada, subjaz sempre a ideia de que só se constituirá uma modalidade de autoria mediata se o homem da frente praticar o ilícito-típico de forma não totalmente responsável, pelo que, se assim não for, provavelmente, estaremos perante uma outra modalidade de autoria – a instigação.

Assim, admitir como autoria mediata as situações em que o homem da frente atua de forma responsável parece-nos um alargamento demasiado arriscado, quando no nosso ordenamento encontramos outra forma de autoria para abarcar esse tipo de factualidade em que há a determinação de outrem a levar a cabo os intentos do homem de trás, estando o primeiro plenamente ciente das suas decisões.³⁶ A doutrina alemã aponta alguns dos casos em que pretende limitar a teoria da autorresponsabilidade e, por conseguinte, considerar que o autor imediato não deixa de estar numa situação de inferioridade, subjugado aos interesses do autor mediato, ainda que totalmente consciente da sua responsabilidade.

Pois bem, entre nós, parte da doutrina concebe esta teoria quando reportada aos quadros de **domínio dos aparelhos organizados de poder**, ou seja, às situações práticas em que o agente imediato comete um ilícito-típico culposos, plenamente responsável, muito embora se integre numa conjuntura que lhe retira a individualidade e o domínio do facto, daí que se aluda novamente aos modelos de domínio, na variante domínio de organização.

Apesar de aparentemente configurar uma situação de subsunção à autoria-instigação, tudo se modifica exatamente por se tratar de organizações hierarquicamente estruturadas em que submetem os seus inferiores a resoluções de natureza criminosa servindo-se da fragilidade das suas posições e da força interna que os líderes detêm na própria organização, gerando uma fortíssima “*dependência psicológica*” do homem da frente perante o “homem sentado à secretária”³⁷. No entanto, a aplicação da autoria mediata está condicionada à verificação de determinados requisitos: existência de um aparelho organizado de poder com estrutura hierárquica rígida, fungibilidade do executor da ordem de natureza delituosa e funcionamento da organização à margem do direito. Só assim será legítimo afirmar a existência do domínio do facto (vontade) por

³⁶ As doutrinas que defendem o alargamento do âmbito de aplicação da autoria mediata, principalmente nas situações de autor atrás de autor, ambos responsáveis, tem-se intensificado na doutrina alemã, por esta entender que o instigador não é autor, mas somente participante. Questão que entre nós não se coloca, pois a norma penal geral em estudo é explícita quanto à qualificação de autor àquele que determina outrem a prática de um facto criminalmente punível.

³⁷ Dias, 2012, p. 788.

parte dos líderes sobre o facto punível, nomeadamente nas organizações políticas, militares ou policiais em que se apodera o aparelho estatal, ou nos movimentos clandestinos, organizações secretas e associações criminosas que prosseguem fins desconformes ao ordenamento jurídico, constituindo “verdadeiros Estados dentro do Estado”³⁸. Merece melhor esclarecimento o segundo requisito mencionado, pois será este ponto que justificará a autoria mediata. Entende Roxin que a fungibilidade do executor permite que os líderes tenham a segurança de que o desígnio criminoso efetivamente ocorrerá, independentemente de quem sujar as mãos para o cumprir, não passando o executor de uma mera “roda de engrenagem” constituída pelo aparelho organizado de poder³⁹, pelo que se faltar este requisito não se poderá falar de autoria mediata mas, ao invés, de instigação – isto refutando as objeções criadas contra esta teoria, quando o agente imediato fosse um especialista, único conhecedor do caso concreto, não passível de substituição.

Conceição Valdágua afasta-se da conceção de Roxin, segundo a qual existe um domínio do facto através do domínio de organização e aproxima-se daquela que entendemos ser a base da instigação – a subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato⁴⁰. Sustenta que, embora concorde com a solução de qualificar o agente da retaguarda como autor mediato, a justificação não se prende com a fungibilidade do executor nem com a exigência de que este seja um membro do aparelho organizado de poder e a ele subordinado. O autor mediato incute no executor a resolução criminosa, sobre a qual não quer tomar parte direta, o que, neste caso, implica uma subordinação voluntária do agente imediato a uma eventual decisão posterior do homem de trás, que terá como pressuposto essencial a existência de um acordo entre ambos.

No contexto das grandes organizações de poder, entende que a situação será idêntica, pelo que quem acata uma ordem para cometer um ilícito, estará em iguais condições de acatar uma ordem contrária do seu superior, daí que conclua pela subordinação voluntária do agente imediato à decisão do agente mediato, padecendo este último do domínio, tanto quanto possível, do processo causal adstrito ao crime.

³⁸ Discute-se ainda se se deve estender à criminalidade empresarial, o que Figueiredo Dias e Conceição Valdágua rejeitam. Na nossa perspetiva, parece não fazer sentido alargar-se este tipo de domínio ao meio empresarial, mas apenas a ambientes mais verosimilmente hostis e poderosos.

³⁹ “É entendida como a possibilidade, praticamente ilimitada, de substituição de qualquer pessoa que se recuse a executar o facto ordenado pelo homem da retaguarda” (Valdágua, 2003, p. 656).

⁴⁰ Há ainda quem entenda que se deve caracterizar como coautoria a relação entre o agente da retaguarda e o executor; no entanto, não parece haver um acordo que se pressupõe essencial à coautoria, nem qualquer intervenção do homem de trás na fase de execução, bem como não se verifica a estrutura horizontal da relação reconhecida à coautoria. Por seu turno, outros autores defendem tratar-se de instigação – que seria a forma de autoria mais plausível. Porém, quem determina outrem a cometer um crime é forçado a deixar ao instigado a decisão final sobre a prática do facto, o que não acontece nas ordens emitidas num contexto de domínio do aparelho organizado de poder, uma vez que há uma inteira confiança de que o executor obedece às ordens superiores sem hesitar.

Na nossa perspectiva, para que o homem de trás possa ser responsabilizado como autor mediato da resolução criminosa levada a cabo pelo executor, tem de haver sempre uma tal dependência psicológica que garanta o domínio do facto pelo autor mediato e a consequente instrumentalização de quem obedece às ordens de um superior, ressaltando que esta não é uma fórmula genérica para todas as situações, sendo imprescindível avaliar os pressupostos concretos para se poder subsumir à figura da autoria mediata, principalmente quando o autor imediato é um agente plenamente responsável e detentor do domínio do facto mas já na modalidade de domínio de ação, pois estará em causa o princípio da autorresponsabilidade. Isto será assim para todas as formas de alargamento da autoria mediata defendidas pela doutrina alemã descritas *supra*, na medida em que entendemos que o princípio da autorresponsabilidade não deve ser atenuado nas mais variadas situações expostas, mas tão só quando verificados os seus pressupostos, ou estaremos a apagar uma outra figura – a instigação –, a incorrer em lacunas da punibilidade e até em resoluções falaciosas.

1.3. Coautoria

A coautoria consiste numa forma de autoria plural em que o agente toma parte direta na execução do facto, por acordo ou conjuntamente com outro ou outros. Logo, nestes casos, não há qualquer domínio do facto de um dos agentes prevalecente sobre o do(s) outro(s); há, sim, um domínio coletivo caracterizador de uma relação de estrutura horizontal, em que cada um dos participantes colabora no planeamento e execução de um mesmo crime. Assim, o acordo de vontades e a divisão de tarefas constitui aquilo que é o domínio funcional apontado por Roxin, que nas palavras de Figueiredo Dias se trata de um “condomínio do facto”⁴¹ partilhado por todos.

Como pressupostos da coautoria, verificamos a consagração alternativa “por acordo ou conjuntamente com outros”⁴², ou seja, decorre do próprio normativo a exigência de uma decisão comum, de um plano conjunto, que assegura a componente subjetiva da coautoria e/ou uma execução conjunta dos factos, expressando, então, uma contribuição objetiva no facto punível.

Ora, o plano conjunto revela o propósito dos agentes em praticar o facto ilícito, manifestando-se, por isso, o dolo da realização conjunta, assumido por cada um dos intervenientes com determinada tarefa. Assim, esta face subjetiva não pode significar apenas uma vontade de ação conjunta, mas a “imputação e a censura (...) do plano

⁴¹ Dias, 2012, p. 791.

⁴² No projeto de Eduardo Correia, a coautoria realizava-se quando cumulativamente se verificassem ambos os requisitos e, mesmo depois da revisão da Comissão (1963-1964), a conjunção aditiva permaneceu. Mais tarde, a lei consagrou os termos em alternativa, como aliás vemos hoje, havendo acordo quando exista “consciência bilateral da colaboração entre os agentes” (Albuquerque, 2015, p. 201).

estabelecido que revela da parte de cada um dos autores a vontade de lesar ou colocar em perigo um determinado bem jurídico em conjunto, através de uma repartição de tarefas de que todos têm conhecimento e que integra a sua intenção”⁴³. Tanto que cada um dos intervenientes responde pela totalidade do facto praticado, já não apenas pela sua parte da execução, isto porque se pretende enquadrar o desígnio numa unidade de resultado, completo justamente através dessa contribuição individual para um objetivo comum, ainda que, como já referimos, tratando-se de comparticipação criminosa, a culpabilidade não se comunique⁴⁴.

Quanto à determinação do momento em que se considera haver acordo, normalmente dá-se previamente à execução; contudo, pode alguém começar a fazer parte do facto já durante a sua realização – a chamada coautoria sucessiva –, até porque não necessita de ser um acordo de “sentados à mesma mesa”, basta que seja um acordo implícito, pressupondo a consciência da aceitação do plano e da sua execução em conformidade⁴⁵.

Já a execução conjunta dos factos pressupõe uma participação direta na realização, tratando-se de uma componente objetiva que acompanha o acordo – a componente subjetiva –, pelo que a coautoria baseia-se num ideal de repartição de tarefas que permite uma maior flexibilidade de tipos e momentos diferentes de contribuição que cada um dos agentes oferece. Todavia, esse contributo deve sempre cumprir-se na fase de execução do facto (entre o início da tentativa e a consumação) e não apenas na fase preparatória, realçando a imperiosa necessidade de averiguar a existência ou não de domínio do facto, da relação de dependência entre o agente e o próprio o facto⁴⁶.

1.4. Instigação

Esta modalidade de comparticipação vem consagrada na quarta alternativa do art. 26º e podemos conotá-la como a figura mais controversa das modalidades de autoria. Há historicamente alguma dificuldade em dissociá-la da autoria mediata, e há até quem a enquadre na mera participação acessória⁴⁷, dadas as influências da doutrina alemã⁴⁸ –

⁴³ Faria, 2017, p. 313.

⁴⁴ Se assim não fosse, estaríamos perante uma autoria paralela ou colateral e não perante uma coautoria. Exige-se que haja uma *consciência* de que os agentes colaboraram para um facto comum, mesmo que isso não signifique um acordo expresso (Silva, 2012, p. 362).

⁴⁵ Em caso de excesso de um deles em relação àquilo que teria sido o esquema traçado pelo grupo, só responderá o próprio agente, uma vez que os restantes não compactuaram com o excesso, ou seja, os atos de execução realizados não abrangem o dolo conjunto inicialmente concertado.

⁴⁶ “De acordo com o critério central do domínio do facto, é indispensável que do contributo objetivo dependa o se e o como da realização típica e não apenas que o agente se limite a oferecer ou pôr à disposição os meios de realização” (Dias, 2012, p. 795).

⁴⁷ Valdágua, 2001, pp. 918-919, nota 8.

⁴⁸ A legislação alemã diferencia a autoria (§ 25º) da instigação (§ 26º) e da cumplicidade (§ 27º), sendo o autor mediato “punido como autor” e o instigador “punido do mesmo modo que o autor”, entendida a instigação como forma de participação, uma vez que o executor age de forma livre e concretizando a sua vontade, enquanto o instigador apenas tem um papel secundário (Costa, 2014, p. 1197).

questão que o legislador parece ter resolvido na própria norma. A instigação só foi autonomizada em 1982, anteriormente era apenas considerada uma forma de autoria moral, assim como a autoria mediata, numa perspetiva do conceito extensivo de autor, tal como defendia Eduardo Correia ao discordar da separação dos conceitos por achar que as diferenças se mantinham no plano teórico, um dito mero luxo de conceitos.

O instigador não deixou de ser considerado um autor moral que, dolosamente, determina outrem à prática do facto ilícito, ou seja, perturba de forma veemente o livre-arbítrio do executor, que fica condicionado à vontade daquele, muito embora o instigado não perca a sua capacidade de decisão, sendo responsável pelos seus atos *contra legem*; de facto, não se prosseguiria na decisão de violar determinado bem jurídico se não houvesse um incitamento por parte do instigador, ele que será sempre o causador do mal criminoso⁴⁹.

Como pressuposto objetivo apontamos a **idoneidade⁵⁰ da conduta do instigador a produzir de forma cabal a decisão de um concreto ilícito**, construindo-lhe a ideia, mostrando as suas vantagens e até acompanhando a própria tomada de decisão; e ainda a **efetiva prática do crime ou pelo menos o seu início**, conforme o legislador deixou explícito: *desde que haja execução ou começo de execução*, abandonando-se o art. 31º do ProjPG de 1963⁵¹, onde se prescindia de qualquer ato executivo – um duplo resultado imputado à conduta do instigador. Assim, o instigador aparece como verdadeiro senhor do facto, através do domínio de decisão sobre o instigado, integrando os elementos típicos constitutivos do ilícito mesmo sem dominar verdadeiramente o tipo, daí que se qualifique como autor. Por seu turno, subjetivamente, destacamos o **dolo** (incluindo o dolo eventual) de criar a vontade no instigado, cujo grau de concretização deve ser suficientemente revelador do domínio do facto pelo instigador, e o **dolo** do instigador em que o facto se venha a praticar (ou tentar) pelo executor, ou seja, que aquele represente o facto concreto, tanto quanto razoavelmente expectável – **um duplo dolo⁵²**. O dolo do instigador permite salvaguardar as situações de excesso do

⁴⁹ A conduta do instigador é a *conditio sine qua non* para a tomada de decisão do instigado, pois entendemo-la como uma causalidade psicológica e não apenas como um apoio ou reforço da vontade criminosa já decidida (*omnimodo factorus*) – cumplicidade moral.

⁵⁰ Não há propriamente um meio predeterminado para garantir a sua existência, basta que aquele seja suscetível de culminar numa atuação do executor. No CP de 1886, concluía-se pelo “ajuste, dádiva, promessa, ordem, pedido, ou qualquer meio fraudulento e direto”.

⁵¹ Art. 31º ProjG/63: “quem tenta determinar outrem à prática de um crime será punível com a pena correspondente à tentativa desse crime. Da mesma forma será punível quem aceita a oferta de outrem, ou com outra pessoa se concerta, para cometer um crime, ou quem se declara disposto a cometê-lo” – Tal disposição passou na 1ª Comissão Revisora do CP de 1982, mas acabou por ser suprimida do texto final, dada a controvérsia gerada.

⁵² “Ademais, como acentua Jescheck, de um lado, o dolo do indutor há-de referir-se à produção da resolução de cometer o facto, e, de outro, à execução do facto principal pelo autor, incluindo os elementos subjetivos típicos e a realização do resultado típico (doble dolo)” (Pereira & Lafayette, 2008, p. 127).

instigado, uma vez que, havendo *excesso mandati*, este só responderá na medida da sua determinação e, se ficar aquém, responderá pelo facto cometido.

O requisito *execução do facto ou seu começo* parece abonar a favor daqueles que, como Conceição Valdágua⁵³ e Paulo Albuquerque⁵⁴, compreendem que a instigação constitui uma mera participação acessória, tal como preceituado nos §§ 25º e 26º do StBG, pois em causa está uma regra da acessoriedade típica da participação em facto de outrem, que exige para a aplicação desta figura um pressuposto adicional, já que a execução vai para além da conduta do instigador. Porém, esta acessoriedade não se compagina com a acessoriedade esperada para a participação – qualitativa ou interna⁵⁵. Aqui trata-se de uma exigência de manifestação exterior da determinação, pois a ação de instigar pertence ao foro inteiramente psicológico – acessoriedade quantitativa ou externa. O propósito do legislador terá sido especializar a figura, e não aproximá-la da mera participação, objetivando o momento subsumível à autoria-instigação.

Por outro lado, também a expressão *é punível como autor* patente no artigo parece consolidar a argumentação desta doutrina, uma vez que só deixando claro que *é autor quem* o legislador imporia a delimitação do conceito, pois a sua inserção no artigo tem que ver apenas com a regulação das modalidades da comparticipação através da equiparação das penas. Até porque se o ponto de partida metodológico para a determinação das formas de autoria é a doutrina do domínio do facto, após a determinação do instigado, o homem de trás deixa de ter controlo sobre o mesmo, portanto deixa de deter o seu domínio, transferindo-o para o âmbito de decisão daquele. Não obstante, debater-se sobre a autonomização e inclusão da instigação nas formas de autoria parece resolver-se quando percecionada a atuação do instigador/homem de trás num quadro de domínio, de centralidade no acontecimento, baseado numa ideia de causalidade, como dispunha o art. 26º do CP de 1886, pois o legislador não autonomizou a instigação num só artigo, como o ordenamento alemão, justamente por entender que faz parte da autoria, pelo que basearmo-nos na expressão *é punível como autor* não será coerente, tendo em conta que a mesma expressão é aplicável às outras formas de autoria e, nesses casos, ninguém discute acerca da sua natureza.

Não podemos, assim, desconsiderar o entendimento de Roxin sobre o conceito, pois bem descreve que o domínio de facto é um conceito aberto, atento às características específicas de cada contexto de vida, pelo que o assumido domínio do facto através do

⁵³ Valdágua, 2001, pp. 932-933.

⁵⁴ “Mais: o instigador só chega a ser punido caso o instigado efetivamente dê início à execução do facto, sendo a tentativa (frustrada) de instigação impune. Por isso, a instigação é uma forma de participação, colocando-se em relação a ela o problema da acessoriedade do facto do instigador em relação ao facto principal (doloso) do instigado” (Albuquerque, 2015, p. 203).

⁵⁵ Indica um certo número e espécie de elementos constitutivos de um crime que têm de verificar-se no facto do autor (Dias, 2012, p. 808).

domínio de decisão do autor imediato é completamente compatível com o também domínio do facto do homem de trás; mais, ignorar o poder do instigador em detrimento do domínio dado por este ao instigado resultaria num excessivo considerar da componente objetiva do facto, à custa da sua componente subjetiva e pessoal que caracteriza a conduta do instigador. A verdade é que não se pretende desculpabilizar a conduta do executor, que, naturalmente, deve arcar com as consequências dos seus atos, já que é alguém plenamente responsável, mas também não podemos descurar a responsabilidade daquele que lhe criou o espírito criminoso, mediante instrumentos ludibriosos, com a finalidade de ver perpetrada a sua obra. Há, portanto, uma repartição do domínio do facto no mesmo ilícito-típico, fora dos casos de coautoria, onde se reconhece um papel de controlador do facto que aparece num plano social como aquele que tem o principal interesse, que planeia muitas vezes todo o processo criminoso e, por isso, detém o domínio de decisão enquanto o autor imediato detém o domínio de ação.

2. Das formas de participação

A par da participação principal pode haver uma participação secundária, que geralmente se denomina de “participação” e se concretiza, na nossa perspetiva, apenas na **cumplicidade**, e não na instigação. Enquanto a primeira (autoria) produz o crime na sua estrutura essencial, a segunda facilita ou prepara dolosamente a sua realização, ou seja, integra a *periferia* do facto ilícito⁵⁶, pelo que se constata uma dependência entre esta e aquela (acessoriedade da participação). Não há qualquer domínio do facto por parte do agente participante, pois não pratica a ação típica, apenas contribui para a sua realização; logo, a sua punição não resulta da norma incriminadora especial, mas da parte geral da legislação, que amplia a punibilidade dos comportamentos que lesam os bens jurídicos tutelados – o art. 27^o⁵⁷, que é quase literalmente a transcrição do §27 do StGB.

II. O *iter criminis*. Em especial a tentativa

Iter criminis significa o caminho levado a cabo pelo agente para efetivar os seus intentos, que perpassa por vários estágios compostos quer por uma fase interna, que constitui a formação da vontade criminoso, quer por uma fase externa, já como forma de manifestação/realização da decisão⁵⁸. Assim, primeiramente, o agente toma a decisão de cometer o crime (resolução criminoso – *congitiatio*), e depois procede à sua preparação

⁵⁶ Ferreira, 1982, pp. 85 e 86.

⁵⁷ “É punível como cúmplice quem, dolosamente e por qualquer forma, prestar auxílio material ou moral à prática por outrem de um facto doloso”.

⁵⁸ Ferreira, 1982, pp. 16 e ss.

(*conatus remotus*) e execução (*conatus proximus*), já como realização exterior da cogitação, com a vista a praticar o evento (*meta optata*)⁵⁹.

Quanto à incriminação deste processo, tratando-se de atos puramente internos, nunca sucederá, pois não passarão de um desvalor moral, sem valor jurídico (desejo, ideia, pensamento), ainda longe da esfera interventiva do direito⁶⁰; logo, só importa considerar os graus exteriores do percurso delituoso, nomeadamente os atos preparatórios e os atos de execução que nos levarão à consideração da tentativa.

1. Atos preparatórios

Em geral, a extensão da punibilidade a uma fase anterior à consumação do crime só abrange os graus de realização que já se situam na fase executiva, e já não os meramente preparatórios, em que o agente obtém os meios e as condições necessárias à facilitação da concretização do facto, pois compreende-se que os mesmos podem ter qualquer outra finalidade que não a consumação de um crime⁶¹. Dos atos de preparação pode não se retirar a prossecução da intenção criminosa, pelo que o direito não deverá imiscuir-se de tão precoce manifestação, até porque, normalmente, estes atos não se encontram descritos nos tipos de ilícito – art. 21º: “Os atos preparatórios não são puníveis”. Todavia, excecionalmente, a lei pune-os (“salvo disposição em contrário”) quando entende que determinados comportamentos, ainda que preparatórios, já constituem um perigo para o bem jurídico, pelo que o faz através de incriminação autónoma (ex.: art. 262º), isto é, ilícitos típicos onde a própria preparação constitua um ataque às ordens social e jurídica; ou através de atos preparatórios enquanto tais (ex.: arts. 271º e 275º), relativamente a situações que reflitam um grau de perigosidade elevado com probabilidade de realização, em que se denote uma necessidade de intervenção⁶². Assim, estes comportamentos “revelam um sentido lesivo, segundo um juízo de prognose e apesar da ausência da ação típica “principal”⁶³; daí que possa a lei, “por razões especiais, punir um acto de preparação, classificá-lo como crime autónomo, atribuir-lhe a função de circunstância agravante, ou ainda suceder que a prática de actos, que nas suas relações com a realização de um certo tipo legal aparecem como

⁵⁹ Estas são as formas geralmente verificadas no comportamento criminoso, mas pode não acontecer, como nos casos de crimes negligentes, ou de súbito cometimento, que não resultaram de uma preparação.

⁶⁰ Baseado no princípio *cogitationes poenam nemo patitur* – ninguém deve ser punido pelo mero pensamento – ou o *pensamento não paga imposto* (Carrara, *apud* Silva, 2012, p. 306).

⁶¹ Note-se que no CP atual não consta qualquer definição de atos preparatórios, ao contrário do CP 1886, art. 14º: “os actos externos conducentes a facilitar ou preparar a execução do crime, que não constituam ainda começo de execução”.

⁶² Neste sentido “Assim, só por razões especiais de política criminal se compreende por que o legislador castiga de modo excepcional as condutas preparatórias” (Jescheck/Weigend *apud* Pereira & Lafayette, 2008, p. 122).

⁶³ Palma, 2006, p. 39.

preparatórios, constituam, considerados outros interesses ou outros tipos legais de crime, atividades executivas e, portanto, puníveis”⁶⁴.

2. Tentativa

Entre a *nuda cogitatio*, que é um pensamento criminoso excluído de punibilidade, e o preenchimento do tipo legal, a consumação, há um conjunto de atividades possíveis que o agente pode efetuar, pelo que quando a consumação se dá, a valoração desses atos desfaz-se na própria punição do crime consumado. Já quando a consumação não se realiza, emerge a problemática da valoração dos atos prévios que, de alguma forma, demonstraram a vontade criminoso e, por conseguinte, colocaram em perigo determinado bem jurídico. A tentativa não é mais do que a imperfeição da execução, é a falha na perpetração do crime, já numa fase mais próxima da consumação; daí que, em princípio, será punível tal como consta do art. 22º, na medida em que viola já a norma jurídica que está na base do tipo consumado – “Há tentativa quando o agente praticar atos de execução de um crime que decidiu cometer, sem que este chegue a consumir-se” (n.º 1). A diferença entre esta e a consumação radica-se apenas na falha do elemento objetivo, pois o elemento subjetivo será semelhante, manifestado pelo dolo de concretizar o facto, pelo que, naturalmente, havendo apenas uma lesão potencial do bem jurídico, haverá também uma menor severidade da punibilidade.

Neste contexto, impõe-se entender qual o fundamento para seguir com a punibilidade de algo que ainda não se alcançou. Por um lado, as **teorias subjetivas** justificam esta punibilidade com base na conduta contrária ao direito, relacionada com a vontade criminoso, ou seja, tudo o que desta decorrer será apenas a exteriorização de uma *voluntas* delituosa que se objetivou (como mero elemento probatório)⁶⁵; por outro lado, para as **teorias objetivas**, as atividades executivas têm um significado autónomo, numa negação objetiva de valores, própria da ilicitude encontrada no perigo gerado para o bem jurídico tutelado – aqui, o sentido da punibilidade verifica-se com o perigo efetivamente sofrido pelo bem jurídico, um perigo próximo da consumação da realização típica⁶⁶. Uma e outras orientações são extremas, por isso surge a necessidade de criar uma teoria mais equilibrada, conjugando ambas as ideologias – **teoria da impressão** –, sendo punível a conduta apropriada a provocar alarme na coletividade que pudesse

⁶⁴ Correia, 1951, p. 8.

⁶⁵ Segundo esta posição, seria difícil distinguir o crime tentado do consumado, uma vez que a vontade seria a mesma, a tentativa impossível seria sempre punível, pois haveria sempre uma intenção firme e suficientemente clara na perpetração do facto, e ainda se estenderia a punibilidade para o âmbito dos atos preparatórios.

⁶⁶ Com esta teoria já é possível fazer a destrição dos vários momentos do *iter criminis*, mesmo que o agente tenha a mesma intenção, e não se pune a tentativa impossível por não ser suscetível de criar perigo objetivo ao bem jurídico.

vir a pôr em causa a confiança na vigência do ordenamento⁶⁷. Há, portanto, uma simbiose entre a vontade criminosa do agente exteriormente manifestada e a insegurança da coletividade devido às ações desvaliosas que constituem um perigo objetivo, estando em causa um juízo de prognose feito *ex ante* – teoria que o nosso legislador adota; senão, vejamos os elementos que compõem o tipo⁶⁸.

2.1. Elementos do tipo

Segundo o art. 22º, n.º 1, são elementos da tentativa a decisão de cometer o crime e a prática de atos de execução que não chegam a alcançar a sua consumação⁶⁹.

O primeiro assinala o elemento subjetivo correspondente à intenção de produzir o resultado, à existência no espírito do agente da resolução criminal determinado pelo **dolo**⁷⁰ e, eventualmente, por outros elementos subjetivos contemplados no tipo legal⁷¹; vimos já que não se trata de um dolo de tentativa, mas de um dolo do crime consumado, pois os factos cometidos também manifestam a intenção do agente e não tão só o fim da sua ação, o seu resultado. Assim, verifica-se a inclusão do também essencial elemento psicológico na definição da tentativa, como forma de fazer soar o defendido pelas teorias subjetivas.

O segundo traduz-se na prática de atos de execução (n.º 2, art. 22º) e na não consumação do crime (elemento negativo), isto é, para além da decisão do cometimento do facto, a lei exige, assente no princípio da ofensividade, que haja uma exteriorização digna de justificar a intervenção do direito. Ora, mais uma vez caímos na necessidade de perceber quais os sinais que criam – ainda que aparentemente – um perigo para o bem jurídico e quais aqueles que constituem meros atos preparatórios e, por isso, são, na maior parte, socialmente adequados. Por um lado, as **teorias formais objetivas**

⁶⁷ “A tentativa é punível, quando, e na medida em que é apropriada para produzir na generalidade das pessoas uma impressão juridicamente ‘abaladora’; ela põe, então, em perigo a paz jurídica e necessita, por isso, de uma sanção correspondente a esta medida” (Roxin, 2004, p. 296).

⁶⁸ Quanto à tentativa impossível, o legislador inclina-se mais para a teoria objetiva, pois exclui a punibilidade destas situações dada a ausência de alarme social, embora a intenção delituosa se verifique sempre (art. 23º, n.º 3).

⁶⁹ No CP/86, separava-se o crime frustrado da tentativa: “Art. 10º: Há crime frustrado quando o agente pratica com a intenção todos os actos de execução que deveriam produzir como resultado o crime consumado, e todavia não o produzem por circunstâncias independentes da sua vontade. Art. 11º: Há tentativa quando se verificam cumulativamente os seguintes requisitos: 1º- Intenção do agente; 2º- Execução começada e incompleta dos actos que deviam produzir o crime consumado; 3º- Ter sido suspensa a execução por circunstâncias independentes da vontade do agente, excepto nos casos previstos no artigo 13º; 4º- Ser punido o crime consumado com pena maior; salvo os casos especiais e, que, sendo aplicável pena correccional ao crime consumado, a lei expressamente declarar punível a tentativa desse crime”.

⁷⁰ Alguns autores questionam a incompatibilidade do dolo eventual (art. 14º, n.º 2) com a tentativa, muito embora se entenda, maioritariamente, pela sua compatibilidade, pois não se entende o dolo na tentativa de modo mais exigente que o dolo do crime consumado. Se o dolo eventual é suficiente para a consumação do crime, também o é para sua tentativa (Silva, 2012, p. 318). Em sentido contrário, veja-se Costa, 2014.

⁷¹ “Uma decisão pelo facto existe logo que os motivos que empurram para o cometimento do delito alcançaram predominância sobre as representações inibidoras, mesmo também quando possam restar ainda últimas dúvidas” (Roxin, *apud* Dias, 2012, p. 69).

referem-se aos atos de execução como sendo aqueles que se subsumem à descrição literal do tipo legal (em total rigor com o princípio *nullum crimen sine lege*), resumindo-se à interpretação dos tipos em relação à concreta ação, pelo que seria difícil de compreender como resolver as questões em que os crimes são de execução livre (o ato de execução do crime de homicídio seria “matar”?). Por outro lado, as **teorias materiais objetivas** entendem que o início da ação típica se reporta a um momento anterior, considerados os atos como uma unidade naturalística que compõe o ilícito; esta posição abarca, para além dos atos formalmente típicos, também os que, segundo a experiência comum, e salvo circunstâncias imprevisíveis, são de fazer esperar que lhes sigam atos descritos pelo tipo⁷². Posteriormente, as **teorias subjetivas** vêm reforçar a importância da qualidade ou intensidade da vontade do agente, que como já vimos, não podem, pelo menos unicamente, ser usadas como critério de distinção, pois de acordo com o princípio da legalidade, deve fixar-se um momento objetivamente estruturado.

Destarte, veremos que o nosso Código se baseia sobretudo em critérios objetivos⁷³, mas não descarta a importância do plano do agente como revelador da perigosidade dos seus comportamentos e da proximidade temporal à lesão efetiva do bem jurídico, ainda que do texto normativo se omita.

a) Alínea a) do art. 22º, n.º 2

A formulação legal concretiza o critério formal-objetivo, na medida em que se refere aos atos que preenchem o ilícito típico, prescindindo de elementos de natureza histórica, sistemática ou teleológica na sua verificação (ex. art. 217º). É, portanto, a forma mais objetiva de identificar a existência de tentativa, muito embora implique o recurso a outros conceitos quando a descrição legal não contenha uma orientação detalhada, ou seja, quando não se trata de um crime de execução vinculada.

b) Alínea b) do art. 22º, n.º 2

Trata-se de um alargamento da consideração dos atos de execução àqueles que sejam idóneos a produzir o resultado, pois não preenchem (literalmente) um elemento constitutivo do tipo, mas já são idóneos a seguir o seu propósito (teorias materiais objetivas). Nesta alínea, o legislador assegura a proteção das situações em que há um perigo para o bem, segundo critérios de adequação apreciados através de um pré-juízo de prognose póstuma, o que necessariamente acarreta uma forte atenção para a distinção entre estes comportamentos e os meros atos preparatórios; daí que a idoneidade não se

⁷² Faria, 2017, p. 300.

⁷³ “Materialmente, constitui acto de execução o que ataca o bem jurídico tutelado; formalmente, tal acto integra a acção típica prevista na lei” (Silva, 2012, p. 309).

refira a cada ato de execução, mas à sua inserção na totalidade do plano de execução do agente.

c) Alínea c) do art. 22º, n.º 2

Apela-se agora ao conceito de experiência comum como forma de resolver as questões em que tais comportamentos seguirão com muita probabilidade outros, esses sim, já aptos a produzir um resultado ou constitutivos do tipo. Ora, mais uma vez ficamos sujeitos àquilo que se adequará a seguir atos das espécies das alíneas anteriores, correndo riscos de segurança que atentam contra a punibilidade ou não de um agente. Assim, Figueiredo Dias⁷⁴ aponta para uma dupla conexão cumulativa: uma **conexão de perigo**, segundo a qual o ato precede imediatamente os demais, ou seja, é desejada uma relação temporal sem atos intermédios (*que se lhes sigam atos*), e uma **conexão típica**, que realça a intromissão do ato praticado sobre o bem jurídico, pois será sempre essa a finalidade do Direito Penal – proteger os bens jurídicos que efetivamente tenham sido, pelo menos, melindrados e signifiquem já uma intromissão na esfera da vítima.

2.2. Punibilidade da tentativa

Do exposto, percebemos que na tentativa há um menor desvalor do resultado e que este preceito estará sempre intimamente ligado ao crime que se visava realizar; logo o objetivo desta figura é precaver as situações em que dada tipologia de crimes gera desconfiança na comunidade mesmo que ficando-se pela tentativa. Assim, o legislador delimitou quantitativamente a tentativa punível para os casos em que ao crime consumado corresponda uma pena superior a 3 anos de prisão – média e grande criminalidade (art. 23º, n.º 1), e naturalmente que a pena será a aplicável ao crime consumado, mas especialmente atenuada (art. 23º, n.º 2 e 73º). Ademais, delimita o âmbito da punibilidade a favor da seriedade do ataque à ordem jurídica, através da não punibilidade dos casos de tentativa impossível e de tentativa inidónea (art. 23º, n.º 3).

O Direito Penal visa a manutenção da segurança da comunidade, em permanente confronto com a liberdade do agente e a confiança da sociedade, pelo que, havendo um desequilíbrio entre estes dois fatores, justificar-se-á a sua intervenção – em *ultima ratio*. Assim, a tentativa ficará circunscrita aos atos de execução dotados de ofensividade e previsibilidade à sucessão de atos idóneos com afetação para o bem jurídico tutelado, pois só assim se respeitarão os princípios constitucionais (art. 18º, n.º 2 e 29º n.º 1 e 2 CRP) e as próprias finalidades das sanções criminais (art. 40º n.º 1, art. 1º, n.º 1 e 2).

⁷⁴ Dias, 2012, pp. 706 e ss.

3. Tentativa na autoria mediata e tentativa na instigação

Tomando em consideração que estamos a analisar mais detalhadamente o enquadramento do mandato criminoso, vejamos a tentativa quer na autoria mediata, quer na instigação.

Na autoria mediata, pese embora tenham surgido várias posições⁷⁵, seguindo os ensinamentos de Figueiredo Dias, parece que, em princípio, o início da tentativa do autor mediato dá-se com o começo de execução do homem da frente, por se tratar de uma execução por intermédio de outrem, enveredando pela solução global. No entanto, há situações que justificam outro tipo de consideração: veja-se os casos em que o instrumento é a própria vítima – aqui, entende-se que o *terminus* da influência do autor já cabe na prática de atos de execução, pois, de acordo com o art. 22º, n.º 2, al. c), afeta a segurança e a liberdade da mesma (conexão de perigo típica) e, nessa medida, se consagra a solução individual modificada.

Quanto à instigação, não nos alongaremos, porque o início da tentativa fica explícita no próprio preceito, quando exige a execução ou começo de execução para que a figura se aplique e seja punível. Assim, só a prática de atos pelo instigado representará, à luz do nosso legislador, um perigo para o bem jurídico tutelado, pelo menos, imediatamente (solução global).

III. O mandato criminoso. De *iure constituendo*

1. A problemática do Acórdão do STJ de Fixação de Jurisprudência⁷⁶

Debruçamo-nos agora sobre a situação prática que nos conduziu ao estudo dos temas analisados: alguém que decide e planeia a morte de outrem e, por isso, contrata quem, a seu ver, poderá levar a cabo os seus intentos, mediante pagamento de uma quantia, sendo que o contratado não chega a praticar qualquer ato de execução, ainda que o mandante estivesse convicto da aceitação do seu plano. O STJ pronunciou-se sobre esta questão enquadrando a factualidade na figura da autoria mediata, de modo a permitir, no nosso ponto de vista erroneamente, a punição do autor antes do início de

⁷⁵ Solução puramente individual: a tentativa inicia-se com a influência sobre o instrumento (instrumentalização); solução individual modificada (Roxin): a tentativa só se dá com o fim da conduta de influência sobre o executor, quando o acontecimento sai do domínio do autor mediato – doutrina dominante na Alemanha; solução global ou conjunta: a tentativa só existe com o início de execução pelo instrumentalizado, pois este é uma *longa manus* daquele, logo o autor mediato executa através do intermediário (Frank) (Dias, 2012, pp. 818 e ss).

⁷⁶ Ac. 18/06/2009, proc. n.º 09Po305. O Ac. recorrido é de 16/10/2008, proc. 07P3867, com o arguido condenado como autor mediato na forma tentada pela prática de homicídio qualificado; já o Ac. fundamento é de 31/10/1996, proc. n.º 048948, que absolveu o arguido, subsumindo os factos à tentativa de instigação, não punível.

execução do autor imediato, decisão que não se mostrou unânime pela clara controvérsia de votos.

Quer o Ac. de 16/10/2008, quer o de fixação de jurisprudência fundamentaram-se na posição de Conceição Valdágua, que defende, na linha da doutrina do domínio do facto, que o pacto criminoso é uma forma de **aliciamento** inserida na modalidade de autoria mediata, por corresponder à tricotomia domínio de vontade. Isto porque o autor persuade o aliciado através de contrapartida e assim detém o domínio do facto para poder avançar ou interromper a resolução criminosa. Segunda a autora, o aliciamento pode assumir a forma de ajuste, promessa ou dádiva, tal como dispunha o art. 20º, n.º 3 CP de 1886⁷⁷, o que, neste caso, havendo formulação do consenso e uma subordinação voluntária do aliciado⁷⁸ ao autor mediato, entendido como a figura central do acontecimento⁷⁹, reveste a forma de ajuste, pertencendo-lhe o “poder de supra-determinação do processo causal, conducente à realização do tipo legal de crime”⁸⁰. Assim, por entender que a instigação é uma forma de participação, acaba por alargar o âmbito da autoria mediata para albergar situações que cabem, literalmente, naquela figura, visto que o aliciado é plenamente responsável, livre e capaz de tomar as suas decisões. Além de que aceita ser possível a coexistência das duas punições: um como autor mediato e outro como imediato, o que resultaria numa forma de autoria plural.

Primeiramente, entendemos que esta tese cai ao analisar o conceito de autoria mediata: o aliciado teria de ser um mero instrumento do autor, numa posição de inferioridade, que permitisse a este último deter exclusivamente o domínio do facto⁸¹; bem como, na hipótese de se ver o crime consumado, o executor nunca poderia ser responsabilizado (princípio da autorresponsabilidade). Na verdade, o aliciado subordina-se voluntariamente ao agente, mas detém na mesma o domínio de ação, pelo que o domínio do homem de trás remete-se apenas à decisão do aliciado e não à sua vontade, tipologia caracterizadora da figura de instigação. Assim, a definição que Conceição Valdágua atribui a este tipo de subordinação voluntária não é mais do que uma nomenclatura diferente da mesma situação: uma pessoa incute noutra, dolosamente, a resolução de praticar um facto punível.

Outro argumento prende-se com as limitações de punibilidade que estão subjacentes a cada uma das figuras. Bem sabemos que na instigação, o legislador exige que o executor pratique atos de execução – o que nestes casos não acontece⁸², enquanto

⁷⁷ Valdágua, 2001, p. 928.

⁷⁸ Valdágua, 2003, p. 667.

⁷⁹ Valdágua, 2001, p. 930.

⁸⁰ Valdágua, 2001, p. 937.

⁸¹ “Não basta ter o domínio do facto. É preciso que mais ninguém o tenha” (Souto de Moura, em Voto vencido no Ac. uniformizador, p. 66).

⁸² Esclareça-se que, no caso *sub judice*, não há este problema porque o Tribunal considerou que as ações do aliciador já cabiam no conceito de atos de execução (art. 22º, n.º 2, al. c)): a partir da pretensa aceitação dos

na autoria mediata nada regulamenta; por conseguinte, a autora reconhece que quando o autor imediato não chega a praticar atos de execução é possível excluir o regime regra, antecipar a punibilidade e sancionar este tipo de condutas⁸³. Mais uma vez discordamos: a regra deverá ser a de que o facto só se inicia quando o homem da frente dá início à execução (solução global), visto que as exceções não admitem esta factualidade; logo, nem com fundamento da possibilidade de punição antecipada se concordaria com esta posição⁸⁴. Aliás, se para a “verdadeira” autoria mediata não se antecipa o início de execução para o momento da finalizada ação do autor mediato, inevitavelmente seria de excluir essa possibilidade quando o executor é completamente responsável, sendo sempre ele a levar por diante a resolução criminosa⁸⁵. Desta feita, considerar-se que o início de tentativa se dá, no caso em apreço, com a “adesão tácita” dos contratados, por reclamarem “as regras da experiência da vida e da ponderação do fim social do nosso ordenamento jurídico (...) correspondentemente, a ‘teoria da impressão do perigo’”⁸⁶ não concretiza o dispositivo legal (art. 22º, n.º 2, al c)), pois pese embora a conduta seja inteiramente desvaliosa, não há já uma conexão de perigo típica e, portanto, estar-se-ia a assumir “uma interpretação exacerbadamente subjetiva do conceito de actos de execução”⁸⁷, contrária ao padrão objetivo que os define.

Detetados os problemas que, a nosso ver, patenteiam a fixação de jurisprudência, resta-nos demonstrar qual seria a solução a aplicar por consideração à legalidade vigente. Na esteira de Nuno Brandão e, no mesmo plano, do Juiz Conselheiro Souto de Moura, estamos perante uma situação clara de instigação tal qual é concebida no nosso Código: como figura autónoma de autoria sob a veste de domínio de decisão, uma vez que o instigador é o senhor da decisão do cometimento do desígnio criminoso – mas não da vontade – do instigado. Logicamente que essa determinação deve criar de “toutes pièces” a dita decisão, daí o pressuposto legalmente exigido para verificar se realmente ela existiu. Ora, no mandato criminoso há geralmente uma inequívoca ação de determinação, através de contrapartida e de orientação cerrada do instigador; contudo, em análise estão os casos em que não se chega a efetivar qualquer ato de execução, ou seja, não chega sequer a haver determinação, pois os contratados nunca quiseram materializar o plano de matar a pessoa. Como resolver estas situações de tentativa de instigação?

aliciados, a vítima passaria a correr imediatamente perigo. O que, de acordo com o que estudámos, não nos parece de concordar, uma vez que não se verifica uma conexão de perigo, pois desde o último ato do arguido e do resultado teriam de ser praticados outros atos intermédios.

⁸³ Valdágua, 2001, pp. 932 e ss.

⁸⁴ “Há-de, efetivamente, convir-se absurdo de uma posição que se negasse a aplicar uma pena a um agente enquanto lhe chama autor, mas já se dispusesse a impor-lha denominando-o instigador” (Correia, 1948, p. 3).

⁸⁵ Brandão, 2008, p. 44.

⁸⁶ Voto em conformidade de Jorge Soares Ramos no Ac. Uniformizador, p. 52.

⁸⁷ Voto contra de J. Carmona da Mota no Ac. Uniformizador, p. 59.

Confrontando a realidade fáctica com a legislação vigente, não é possível responsabilizar alguém que tenta determinar outrem a praticar um facto ilícito (homicídio), sendo os seus intentos atos meramente preparatórios⁸⁸. A este propósito damos conta de um posterior Ac. TRP⁸⁹ que decidiu diversamente da referida fixação jurisprudencial por considerar não ser punível o comportamento do agente que contrata outra pessoa para que esta mate terceiro, se ninguém chegou a praticar qualquer ato de execução do crime (matar) em virtude de a proposta não ter sido acolhida e, ainda que o tivesse sido, não tivessem sido praticados atos de execução, acabando por revogar a decisão condenatória da 1ª Instância com base no princípio da autorresponsabilidade e da inexistência de atos de execução, pelo que verificamos que o entendimento realça a necessidade de “distinguir as situações sob pena de degradação do próprio conceito de autoria mediata e de desvalorização das situações que podem e devem encarar-se como instigação”⁹⁰.

Acrescentamos ainda o caso recente que “invadiu” os meios de comunicação social e, por conseguinte, a própria opinião pública, em que uma mulher encomenda a morte do marido e acaba por ser filmada em conversa com o pretense contratado, que a denuncia às autoridades e desfaz o plano que este nunca havia assumido, pelo menos intimamente. Estamos perante uma clássica situação sob estudo, que culminou na absolvição em 1ª Instância da “instigadora” exatamente por não haver, segundo o relatado pela comunicação social, sustentabilidade legal para a punir (princípio da legalidade). Contudo, o TRP veio, em outubro de 2017, revogar a anterior decisão, considerando-a autora de homicídio qualificado na forma tentada⁹¹.

Em síntese, confirma-se a instabilidade jurisprudencial sobre esta questão que nos incita a criar forma de diferenciar, com clareza, as duas figuras que, na nossa perspetiva, o legislador deixou explícitas, até porque a autoria mediata é uma forma singular de autoria, enquanto a instigação cabe nas formas de autoria plural. Metaforicamente, diz tratar-se de uma “degradação do ser humano à categoria de mero meio material (e, por isso não livre) para a realização de determinados fins delitivos (...) para aquela”, e de “corrupção de um ser livre com vista à produção de um resultado jurídico-penalmente proscrito” para esta⁹².

⁸⁸ Daí que o Acórdão deveria ter resultado na absolvição do arguido, tal como na 1ª Instância.

⁸⁹ Ac. TRP de 10/2/2016, Proc. n.º 1898/09.2JAPRT.P1.

⁹⁰ Ac. TRP de 10/2/2016, Proc. n.º 1898/09.2JAPRT.P1, p. 111.

⁹¹ Veja-se os links referidos em sede de “referências bibliográficas”, na secção “notícias”.

⁹² Ac. TRC de 23/5/2014, p. 39.

2. A punibilidade da “proposta de homicídio”

Em face do exposto, vemos os Tribunais preencher lacunas através de interpretações extensivas e, a nosso ver, *contra legem*, ainda que compreensíveis dados os contornos reveladores de perigosidade e de consequente alarme social que deveriam ter sido tomados em consideração pelo legislador português. Na verdade, a conduta, que atenta contra o bem jurídico “vida”, é de uma indubitável reprovação moral em que o agente assume um papel importantíssimo, porque cria a decisão criminosa, planeia e acompanha todo o processo, informando os pretensos executores dos hábitos e horários da vítima, o como e o quando realizar o facto e, muitas vezes, até engendrando um verosímil crime de outra natureza.

Assim, ainda que o executor seja livre e plenamente responsável, não nos podemos olvidar da conduta daquele mandante que detém o dolo de causar a morte, e que apenas (tendo um contributo em todo o processo) não chega a efetivá-la por circunstâncias alheias à sua vontade. Pelo que não podemos alcançar a punibilidade desta pessoa chamando-lhe autor mediato, porque se o consideramos instigador, tal como a lei o prevê, ele ficará impune de uma ordem para matar que se viu frustrada. Com esta conjuntura, vemos o agente a ultrapassar as *meras cogitationes*, não estamos perante meros intentos irrelevantes para as exigências de política criminal, estamos perante atos preparatórios que já colocam em perigo a vida de alguém e a própria confiança e segurança da comunidade, é uma atuação “que autorizava o legislador que a tivesse previsto e punido, em face do ‘**alarme social causado**’”⁹³.

Olhemos para as soluções noutros ordenamentos jurídicos.

O §30º StGB estatui uma exceção à regra da não punibilidade dos atos preparatórios, aplicando a pena prevista em sede de tentativa, especialmente atenuada, para quem tentar determinar ou instigar outro a cometer um crime, devido à especial perigosidade, mesmo entendendo que a instigação é uma forma de participação. Ainda dispõe no artigo seguinte a desistência da tentativa, não punível.

O CP Espanhol acolhe a mesma regra, salvo, por exemplo, as situações de conspiração, proposição, provocação e apologia à delinquência (arts. 17º e 18º CP Espanhol). Sendo que, para a matéria em estudo, releva a segunda (proposição), por se tratar de alguém que resolve cometer um delito e convida outra(s) pessoa(s) a executá-lo. A fundamentação parte exatamente da colocação em perigo objetivo do bem jurídico, através de um desvalor da ação (o convite a outrem) e um desvalor do resultado (enquanto perigo que representa)⁹⁴; no entanto, por se tratar de uma figura prevista na parte geral, tem sido objeto de controvérsia por adiantar em demasia a intervenção

⁹³ Voto contra de Souto de Moura no Ac. Uniformizador, p. 73.

⁹⁴ Laguía, 1989, p. 992.

punitiva, abandonando o Direito Penal do ato a favor de um Direito Penal da vontade, do sentimento⁹⁵. A par destas figuras, ainda prevê na parte especial a proposta de homicídio (art. 141º)⁹⁶ para abarcar, ainda que não unanimemente, as situações que reportamos.

Quanto ao ordenamento português, também é importante referir que, em 1963, aquando do ProjPG, Eduardo Correia já previa este tipo de comportamentos, mas não apenas para o crime de homicídio – art. 31º⁹⁷; porém, acabou por ser suprimido do texto final, dada a controvérsia gerada⁹⁸. Pois bem, também nós, em determinados casos, antecipamos a tutela do bem jurídico fundada na perigosidade que as condutas refletem (vejam-se os art. 139º, 297º e 298º)⁹⁹; o que agora propomos é justamente mais uma das situações em que, em nossa opinião, se deveria antecipar a tutela penal, atendendo quer à perigosidade ao bem jurídico que, ainda que não imediatamente, está em risco sério¹⁰⁰, quer à própria ação desvaliosa de quem engendra todo o plano, manifestando claramente a sua intenção de pôr fim à vida de outrem, que só não se efetivou por circunstâncias que inesperadamente lhe são alheias, e ainda ao alarme social e insegurança da comunidade.

Assim, ponderando os interesses – a liberdade do agente e a tutela do bem jurídico “vida” –, entendemos que o Direito Penal, ainda que vinculado ao princípio da ofensividade, deve tornar criminalmente relevante a criação do perigo¹⁰¹, por este já significar um resultado por si mesmo, ou seja, coloca o “bem jurídico em pior situação do que aquela que existiria se o perigo não se tivesse chegado a desenhar no horizonte por força da conduta do agente”¹⁰², mesmo que não se efetive o dano – morte, pois a intervenção do instigador já se esgotou aquando da determinação, até porque “acresce que, numa perspetiva de política criminal, dificilmente seria compreensível que o agente que determina todo o quadro de concretização do crime de homicídio em condições que necessariamente levariam à sua consumação, a qual só não se concretiza por circunstâncias alheias à sua vontade, visse a sua conduta isenta de qualquer sanção”¹⁰³.

⁹⁵ Laguía, 1989, pp. 995 e 997.

⁹⁶ Conde, 2010, pp. 448 e ss.

⁹⁷ “Quem determina outrem à prática de um crime será punível com pena correspondente à tentativa desse crime. Da mesma forma será punível quem aceita a oferta de outrem, ou com outra pessoa se concerta, para cometer um crime, ou quem se declara disposto a cometê-lo”.

⁹⁸ Henriques & Santos, 1995, p. 259.

⁹⁹ Veja-se art. 363º, que é uma clara tipificação da tentativa de instigação: “quem convencer ou tentar convencer outra pessoa, através de dádiva ou promessa de vantagem patrimonial ou não patrimonial, a praticar os factos previstos nos artigos 359º ou 369º, sem que estes venham a ser cometidos, é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias”.

¹⁰⁰ O risco permite a verificação de um resultado positivo ou negativo (contrariamente ao perigo), sendo que há um risco proibido quando o agente “cria um risco substancial e injustificado de produção de um resultado, um risco de tal probabilidade e de concretização tão lesiva que nenhum cidadão normal, medianamente razoável, considera adequado às circunstâncias em que a conduta foi praticada” (Faria, 2010, p. 378).

¹⁰¹ Os crimes de perigo dividem-se em crimes de perigo concreto, em que o tipo legal exige que o bem jurídico tutelado seja efetivamente posto em perigo, como sendo elemento constitutivo do tipo legal (ex: art. 291º) e em crimes de perigo abstrato, em que o perigo se baseia na elevada perigosidade da conduta, demonstrada pela experiência comum, que por si só já constitui crime (ex.: art. 292º) (Carvalho, 2016, p. 305).

¹⁰² Carvalho, 2016, p. 382.

¹⁰³ Ac. TRP de 10/02/2016, p. 110.

Pelo exposto, entendemos que a situação controvertida se consubstancia num perigo para o bem jurídico capaz de justificar a intervenção penal, ainda que caracterizada pela sua intervenção mínima, de *ultima ratio*, e achamos assumida a carência de tutela penal aliada aos princípios constitucionais de adequação, necessidade e proporcionalidade (art. 18º, n.º 2 CRP), pois mesmo sendo um ato preparatório, cumpre-se colmatar a lacuna legislativa e, por razões de prevenção geral, antecipar excecionalmente a proteção do bem jurídico vida.

Assim propomos a inclusão de um artigo com a seguinte redação:

Art.º 132º- A

Proposta de Homicídio

1- Quem propuser outrem a executar os crimes previstos nos números anteriores, através de meios manifestamente exteriorizados, é punido com a pena correspondente à tentativa desse crime, especialmente atenuada.

2- A punibilidade do número anterior não depende da aceitação da proposta.

3- A proposta deixa de ser punível se o proponente dirigir esforços sérios para afastar o perigo criado ou impedir a consumação do crime.

Anotação:

N.º 1: A proposta deve ser efetuada através de meios manifestamente exteriorizados, de forma a impedir que se criminalizem *meras cogitationes*. O objetivo é prevenir a concretização de um facto que, não alcançando o estágio da tentativa, já abandonou o íntimo do proponente por já estar a pôr em prática o seu plano. Esses meios manifestamente exteriorizados podem ser os contactos insistentes, a entrega de uma quantia patrimonial, indicações sobre a vítima, etc. A atenuação especial da pena em relação à tentativa deve-se ao facto de estarmos num momento precoce do *iter criminis*.

N.º 2: Afastada a obrigatoriedade de existência de um contrato entre o proponente e o executor, basta a atuação do agente proponente, a tentativa de determinação do executor (a proposta).

N.º 3: Visa abarcar as situações de desistência, uma vez que, embora tenha decidido matar alguém, e para tanto proposto a sua execução a um terceiro, pode desistir dos seus intentos e dessa forma fazer tudo o que estiver ao seu alcance para afastar o perigo criado ou impedir a lesão do bem jurídico, afastando, assim, a sua punibilidade.

Considerações finais

Iniciámos o nosso projeto sem saber exatamente qual o desfecho final, se iríamos contra ou a favor do sistema em vigor. Apenas tínhamos como ponto de partida a injustiça, ainda que, pelo desconhecimento, meramente social/moral, de sentenças absolutórias de uns e condenatórias de outros, quando as características fácticas eram semelhantes. E a pergunta seria: afinal o que prevê a nossa lei para estas situações?

Entendemos que o enquadramento legislativo correto a fazer será o de subsumir a factualidade à modalidade de instigação como clara forma de autoria, à luz do art. 26º, tratando-se de um agente que determina outrem responsável e livre à prática de um facto – em estudo, o homicídio –, detendo o primeiro o domínio do facto sob a forma de domínio de decisão e o segundo o domínio de ação. Pelo que há uma evidente distinção entre o conceito de autoria mediata e instigação, constatado pela caracterização de cada uma das figuras, até porque, neste caso, é impensável conotá-lo como uma forma singular de autoria e classificar o executor como instrumento nas mãos do homem de trás (próprio da autoria mediata), porque desta forma violaríamos quer o princípio da legalidade (art. 29º, n.º 1 e 3 CRP), quer o princípio da autorresponsabilidade.

No entanto, para que o agente seja considerado instigador, o legislador exige que haja execução ou início dela pelo homem da frente, uma vez que só assim se manifestará concretamente a efetiva determinação, motivo pelo qual o STJ e a doutrina subjacente optaram por alargar o âmbito da autoria mediata e, por essa via, punir o homem de trás, algo com que não concordamos, pelo explicitado quanto ao momento de início de execução, que para a autoria mediata é igualmente o início de execução do facto pelo autor imediato. Logo, a conclusão do STJ deveria ter sido a da não punibilidade do agente, por se tratar de instigação com ausência do pressuposto execução ou início dela.

Deste modo, não penetrando o estágio da tentativa por não haver já uma conexão de perigo típico para o bem jurídico, resta-nos tipificar uma forma específica e excecional de punibilidade de atos preparatórios – a proposta de homicídio – e assim salvaguardar, no âmbito desta grande criminalidade, as situações gravemente perigosas. Como demonstrámos, é a própria ação de determinação que deve ser punida, é a proposta que, ainda que no âmbito dos atos preparatórios, significa um risco grave, na medida em que o agente passou das *meras cogitationes*, já produziu atos manifestamente exteriores que evidenciam um perigo para o bem jurídico, já deu por terminada a sua atuação, esperando apenas pela consumação levada a cabo por aquele que pensa ser o seu contratado. É claro que o perigo não é o mesmo que o expectável no âmbito dos atos de execução, não representa uma lesão *stricto sensu*, mas causa uma ofensa cabalmente relevante, verificando-se um desvalor de resultado para além do evidente desvalor da conduta do agente.

O nosso estudo cingiu-se à tentativa de instigação à prática do crime de homicídio, por acharmos ser o caso que demonstra uma incontestável necessidade de intervenção, que à luz da importância do bem jurídico possui dignidade penal e carência de tutela, mesmo que em sede de exceção à regra da não punibilidade dos atos preparatórios. Não procurámos antecipar desproporcionalmente a tutela penal, mas, da mesma forma que existe um regime de punibilidade da tentativa e normas especiais que incriminam atos preparatórios, acrescentámos aquela que entendemos ser uma conduta especialmente perigosa perturbadora do normal funcionamento da ordenação social, mesmo que isso signifique uma inferência anterior a um estágio de iminência.

Na nossa linha de raciocínio, fomos demonstrando a fundamentação dos Juízes Conselheiros contra a fixação de jurisprudência do referido Acórdão (Souto de Moura, Carmona da Mota, Eduardo Maia Costa), bem como do Juiz Desembargador Nuno Coelho no Acórdão TRP, Nuno Brandão na sua análise, e outros autores que deixam em aberto a constatação de uma lacuna de punibilidade por parte do legislador, socorrendo-se de hipóteses plasmadas no Código Espanhol para perspetivar essa possibilidade ou deixando claro que, enquanto a conduta não for tipificada, estes agentes sairão impunes.

Assim, e com um olhar para outros ordenamentos que punem este tipo de condutas mesmo considerando que a instigação é somente uma forma de participação, fica por explicar por que o nosso ordenamento não as prevê, quando entende, e bem, que o instigador detém domínio sobre a decisão do executor, é o senhor do facto que o influencia psicologicamente. Daí que a criminalização que sugerimos se fundamente nos arts. 17º e 141º CP Espanhol e no art. §30 StGB por punirem a proposta para delinquir e a tentativa de instigação, concretizando o problema que aqui procuramos alertar; no entanto, também o Direito Penal português concorda com determinadas antecipações de tutela (ex.: propaganda ao suicídio, instigação pública a um crime, apologia ao crime e suborno).

Cabe-nos a nós, juristas, contribuir para a investigação destas temáticas e, se necessário, imiscuir-nos numa alteração legislativa, sublinhe-se, excecional, mas adequada a prevenir este flagelo que tem sido encomendar a morte de outrem por meio de alguém que pode sujar as mãos em troca de uma quantia pecuniária e assim substituível, pois se não for aquele, será outro que aceitará a proposta. É importante que a comunidade continue a confiar no sistema, que continue a sentir-se segura e, ainda assim, não deixe de ser o Direito Penal um direito de última via.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, P. P. de (2015). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª Edição atualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora.

ANDRADE, M. da C. (1992). A “dignidade penal” e a “carência da tutela penal” como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. *Revista de Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 173-205.

ANTUNES, M. J. (2015). *Consequência jurídicas do crime*, 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

BRANDÃO, N. (2008). Pacto para matar: Autoria e início de execução. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 18, n.º 4, pp. 531-605.

CARVALHO, A. T. (2016). *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais, teoria geral do crime*, 3ª Edição. Porto: Universidade Católica Editora.

Centro de Estudos Judiciários (1982). *Jornadas de Direito Criminal, O novo Código Penal Português e legislação complementar*. Fase I, pp. 167-177.

CONDE, F. M. (2010). *Derecho Penal: Parte General*, 8ª Edição. Valência: Tirant lo Blanch.

Correia, E. (1948). Problemas fundamentais da comparticipação criminosa. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano IV, n.ºs 1-4, pp. 42-56 e 194-205.

CORREIA, E. (1951). Elementos para o estudo da tentativa. *Separata da Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano VI, n.ºs 4-6, pp. 5-68.

COSTA, A. M. de (2014). *Ilícito pessoal, imputação objetiva e comparticipação em Direito Penal*. Coimbra: Almedina.

CUNHA, C. F. da (1995). *Constituição e crime: Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica 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. (2012). *Direito Penal, Parte Geral: Questões fundamentais, a doutrina geral do crime*, Tomo I, 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, J. F. & ANDRADE, M. C. (1997). *Criminologia, o homem delinquente e a sociedade criminógena*, 2ª Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, J. F. & SOUSA, S. A. de (2006). Autoria mediata e crime de condução ilegal de veículo automóvel. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3936, pp. 253 a 260.

FARIA, M. P. B. R. de (2010). O risco penalmente relevante – uma tarefa de interpretação da norma penal. *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. II. Coimbra Editora, pp. 370 a 415.

FARIA, M. P. B. R. de (2017). *Formas especiais do crime*. Porto: Universidade Católica Editora.

FERREIRA, M. C. de (1982). *Direito Penal Português, Parte Geral*. Lisboa Verbo.

FERREIRA, M. C. de (1992). *Lições de Direito Penal, Parte Geral, A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982*. Verbo.

GARCIA, A. R. G. (2013). *Da relevância jurídico-penal da instigação sem início de execução*. Dissertação de Mestrado da Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, Coimbra.

HENRIQUES, M. L. & SANTOS, M. S. (1995). *Código Penal anotado*, Vol. I, 2ª Edição. Lisboa: Rei dos Livros.

LAGUÍA, I. M. (1989). Punición o despenalización de la proposición para delinquir. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLII, Fascículo 3, pp. 989-1020.

MONTEIRO, I. M. T. (2014). *Proposta de homicídio. Da punibilidade da tentativa do autor mediato e do instigador, na criminalidade e no âmbito dos delitos de domínio*. Porto: Universidade Católica Editora.

MONTEIRO, H. S. (1999). *A comparticipação em crimes especiais no Código Penal*. Universidade Católica Editora.

OLIVEIRA, S. (2011). *A justificação – ou não – da figura da instigação no nosso Código Penal*. Dissertação de Mestrado. Porto: Universidade Católica Portuguesa.

PALMA, M. F. (2006). *Da “tentativa possível” em Direito Penal*. Coimbra: Almedina.

PEREIRA, V. DE S. & ALEXANDRE, L. (2008). *Código Penal anotado e comentado*. Lisboa: Quid Iuris.

RODRIGUES, M. F. (2010). *As incriminações de perigo e o juízo no crime de perigo: Necessidade de precisões conceptuais*. Coimbra: Almedina.

ROXIN, C. (2004). *Problemas fundamentais de Direito Penal*, 3ª Edição. Lisboa: Vega.

SILVA, G. M. da (2012). *Direito Penal português, Teoria do crime*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa.

SOUSA, S. A. de (2005). A autoria nos crimes específicos: Algumas considerações sobre o artigo 28.º do Código Penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 15, pp. 343-368.

VALDÁGUA, M. da C. (2001). Figura central, aliciamento e autoria mediata (Contributo para uma crítica intra-sistemática da doutrina de Claus Roxin sobre a delimitação da autoria mediata face à participação, no âmbito dos crimes de domínio). *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 917-938.

VALDÁGUA, M. DA C. (2003). Autoria mediata em virtude do domínio de organização ou autoria mediata em virtude da subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato? *Liber Disciplinorum para Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 651-672.

WEIGEND, H.-H. J. T. (2003). *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5ª Edição. Granada: Comares.

Jurisprudência

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16/10/2008, Processo n.º 3867/07, 5ª Secção.

Acórdão de Fixação de Jurisprudência de 18/06/2009, Processo n.º 09PO305, Relator Pires da Graça.

Acórdão do tribunal da Relação do Porto de 10/02/2016, Processo n.º 1898/09.2JAPRT.P1, Relator Nuno Ribeiro Coelho.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 23/05/2012, Processo n.º 67/09.6GAAVZ.C1, Relator José Eduardo Martins.

Notícias em Website:

Programas *Queridas Manhãs*, SIC (21 de abril de 2017). Retirado de http://sic.sapo.pt/Programas/queridasmanhas/queridasmanhas_lista/2017-04-21-Absolvida-por-encomendar-morte-do-ex-marido.

Notícias, Sociedade, TVI24 (26 de janeiro de 2017). Retirado de <http://www.tvi24.iol.pt/sociedade/26-01-2017/absolvida-mulher-filmada-a-encomendar-a-morte-do-ex-marido>.

QUEIRÓS, Óscar, Jornal de Notícias, Justiça (26 de janeiro de 2017). Retirado de <https://www.jn.pt/justica/interior/filmada-a-encomendar-morte-do-marido-absolvida-5630198.html>.

LUSA, Correio da Manhã (11 de outubro de 2017). Retirado de <https://www.cmjornal.pt/portugal/detalhe/mulher-condenada-a-seis-anos-de-prisao-por-encomendar-morte-do-marido>.

SOARES, V., Buzztimes (11 de outubro de 2017). Retirado de <http://www.buzztimes.pt/n/porto-absolvida-e-depois-condenada-por-encomendar-morte-do-marido/>.

A (In)Tolerância da Liberdade Religiosa do Trabalhador

O uso de símbolos religiosos

Patrícia Pedrosa Barbosa

Sob a orientação da Professora Doutora Milena da Silva Rouxinol

À minha família, o meu molde,

À minha segunda família, a Legislatuna.

“The highest result of education is tolerance.”

Helen Keller

Agradecimentos

Ao meu Pai, por ser o meu exemplo de trabalho, de altruísmo, de audácia e de tenacidade.
Por ser a minha terra e me permitir voar.

À minha Mãe, por me inculcar os valores e me provar que a educação tem força para mudar o mundo.

À minha irmã, por ser o meu ímpeto.

Não poderia deixar de agradecer à minha orientadora, Professora Doutora Milena Rouxinol, por me ter permitido o contacto com o tema e por me ter instigado à reflexão. Agradeço-lhe também a prontidão e os comentários lúcidos.

Ao João Dias, pelo contributo ao longo de toda esta trajetória, pelo tempo despendido e por todas as advertências construtivas.

À Joana, pelo alento e amizade.

Por último, a todos os que, embora não dactilografados nesta nomenclatura, são a minha solidez.

Resumo

O contexto laboral, enquanto reflexo de uma sociedade em permanente mutação, encontra desafios constantes. O fenómeno da globalização, enquanto realidade inexorável, encerra o monolitismo de outrora, no seio do qual foram perspectivados os normativos que tutelam a liberdade religiosa e que encontram previsão nos mais variados instrumentos. A questão que se impõe é se o espectro laboral se encontra verdadeiramente dotado para dar resposta a um cenário sociorreligioso.

A presente dissertação visa, precisamente, ilustrar o confronto subjacente à discussão e refletir sobre o espaço que a liberdade religiosa encontra na relação laboral, sobretudo quando em causa está a utilização de símbolos religiosos. Para o efeito, atentámos nos conceitos que endossam a matéria e nos permitem uma análise com mais clareza do acervo jurisprudencial emanado pelos diversos Tribunais, concluindo com a alusão a outros ordenamentos que evidenciam uma visão verdadeiramente progressista nestas matérias e que em muito enriquecem o nosso estudo.

Palavras-chave: Liberdade religiosa; relação laboral; símbolos religiosos; acervo jurisprudencial.

Abstract

The labour market, as a reflection of a society in continuous change, faces constant challenges. The current phenomenon of globalization, as an inexorable reality, ends the impenetrable norm of the past during which the concepts that define religious freedom were established, and which are present in the most diverse instruments. The question that arises is whether the current labour market is truly equipped to respond to a socio-religious scenario.

The purpose of this thesis is to shed some light on this question and to reflect upon the place of religious freedom in the workplace, particularly when it the display of religious symbols is involved. Therefore, we shall focus on the concepts that allow the contextualization of this matter and a clearer analysis of case law decisions issued by the various Courts. As a conclusion, we will allude to other ordinances which show a truly progressive vision in these matters and greatly enrich our study.

Keywords: Religious freedom; employment relationship; religious symbols; case law decisions.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
Art.	Artigo
c.	Contra
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CE	Conselho da Europa
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
Cfr.	Confrontar
Coord.	Coordenação
CRP	Constituição da República Portuguesa
CT	Código do Trabalho
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
FDUL	Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
FDUP	Faculdade de Direito da Universidade do Porto
LLR	Lei da Liberdade Religiosa
n.º	Número
OIT	Organização Internacional de Trabalho
p./pp.	Página(s)
PIDCP	Pacto Internacional sobre os Direitos Civil e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais
Proc.	Processo
RICOT	Rede de Investigação sobre Condições de Trabalho
ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TJ	Tribunal de Justiça da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia
vol.	Volume

Breves notas

A presente dissertação mantém inteira correspondência com a versão originalmente apresentada, tendo-se optado por proceder apenas a uma revisão formal da mesma.

As traduções são da nossa inteira responsabilidade, excetuando-se as hipóteses em que, pelo conteúdo, não será necessário proceder a tradução, o que acontecerá pontualmente.

A menção a acórdãos é feita, de forma sumária, ao longo do estudo, disponibilizando-se a final uma lista com a devida referência e com o sítio em que os mesmos encontram disponibilizados.

ÍNDICE

Introdução	9
Parte I – A liberdade religiosa	10
1. Considerações iniciais	10
2. As concepções terminológicas da liberdade religiosa	10
2.1. Pluralismo e laicidade, dois conceitos inconciliáveis?	10
2.2. A liberdade religiosa enquanto direito fundamental e direito de personalidade	13
2.3. As dimensões da liberdade religiosa	15
Parte II – O impacto da liberdade religiosa no contexto laboral	17
3. Duas realidades antagónicas?	17
3.1. Restrições à liberdade religiosa do trabalhador	18
3.2. A discriminação fundada na religião	20
4. A problemática em torno dos símbolos religiosos	23
4.1. Análise jurisprudencial	23
5. Contextualização socioespacial	30
5.1. A dicotomia europeia	30
5.2. Estados Unidos e Canadá	32
6. Dever de acomodação?	33
Considerações finais	34
Bibliografia	35

Introdução

O tema que nos propomos a analisar, ainda que recente à luz do direito laboral, não reveste especial novidade. Pelo contrário, encerra uma conflitualidade que é merecedora de cada vez mais frequentes decisões jurisprudenciais que, hoje, nos permitem retirar algumas ilações.

A queda do muro de Berlim, perspectivada como o marco que desencadeou desvanecimento de barreiras, traz consigo mutações que levantam dúvidas sobre se terá, de facto, existido a eliminação de barreiras ou se, porventura, terão sido apenas eliminadas as fronteiras? Será realmente possível cumprir com os desígnios dos princípios e direitos fundamentais perspectivados no rescaldo do fim da II Guerra Mundial, ou serão estes meramente programáticos e inoperantes?

O fenómeno da globalização trouxe vicissitudes que se refletem nos mais diversos domínios, interessando-nos, em particular, os que resultam em mutações no contexto laboral. O monolitismo de outrora traz à tona novos conceitos, como o multiculturalismo, que se traduz numa diversidade de culturas, indissociável, claro está, do pluralismo religioso. O fluxo migratório¹, uma realidade inelutável, traz-nos um “choque civilizacional” que carece de novas soluções, ao nível laboral, perante o qual, não raras vezes, o trabalhador fica à mercê do empregador. À luz da hodierna sociedade, cumpre tentar perceber se é possível conciliar a liberdade religiosa do trabalhador com a liberdade de empresa do empregador, ou se, porventura, terá o trabalhador de optar entre a sua mundividência e o posto de trabalho.

Procurando uma compreensão do núcleo essencial do tema, e reconhecendo a complexidade dogmática da matéria, propomo-nos dividir o presente estudo em duas partes, analisando, primeiramente, os conceitos terminológicos em volta da questão primordial de análise e perscrutando, seguidamente, a problemática que dá corpo a este ensaio, com a correlativa análise jurisprudencial produzida até então que temos por pertinente.

Não nos arrogamos da pretensão de alcançar respostas. Pelo contrário, sabemos que pisamos areias movediças. O presente trabalho visa apenas elucidar o leitor de abordagens possíveis, numa tentativa de permitir uma expansão de horizontes e alargamento de vistas, passíveis de observação através de uma pluralidade de janelas.

¹ Pode, aliás, perceber-se o impacto, desde logo, pela análise de dados estatísticos, de tal forma preponderantes que permitem uma visualização quase em tempo real. Os dados pertencem à Organização Internacional da Migração e não permitem margem para dúvidas.

Parte I – A liberdade religiosa

1. Considerações iniciais

Não existe, nem poderia existir, uma definição de religião, “sob pena de atingir o cerne da própria liberdade: de certo modo a religião é para cada pessoa o que ela entende ser religião”², de forma que não perscrutamos, com a presente dissertação, alongar-nos quanto à sua conceptualização, cujo estudo pertencerá muito mais a outros ramos do que ao jurídico. Temos, contudo, a lucidez de perceber que existe algo de inexplicável e transcendente que torna este tema tão fascinante quanto sensível. Interessa-nos, por isso, o seu estudo no modo como esta se reflete numa sociedade, enquanto algo indissociável dos cidadãos que a compõem.

Em tom prosaico, não raras vezes, é frequente o debate sobre o espaço da religião na esfera pública. Independentemente das convicções que o endossam, haverá que reconhecer que o pluralismo característico da sociedade contemporânea coloca à prova o monolitismo de outrora, no seio do qual foram perspectivados o leque de direitos e garantias próprias de uma sociedade democrática.

O debate, que parece colocar questões “relativamente triviais, a resolver nas águas calmas e tranquilas dos princípios constitucionais (...) da dignidade, da liberdade religiosa e da igualdade, (...) corolários da separação entre as confissões e o Estado e da neutralidade religiosa dos poderes religiosos”³, revela-se bem mais labiríntico, exigindo, por isso, que examinemos a liberdade religiosa nas suas várias aceções, nos seus reflexos, no modo como o Estado se situa em relação à religião e no modo como esta é perspectivada e tutelada.

Ao longo desta exposição procuraremos ilustrar a pertinência da temática, socorrendo-nos de preceitos normativos sempre que se afigure relevante, sem, contudo, pretendemos cair numa análise normativa demasiado exaustiva.

2. As conceções terminológicas da liberdade religiosa

2.1. Pluralismo e laicidade, dois conceitos inconciliáveis?

É axiomática a consideração de que o fenómeno religioso não se afere como algo tangível ou palpável. Destarte, é fascinante observar que a sua influência no poder político⁴ tem sido sobremaneira preponderante, que a mesma é passível de observação no seu processo evolutivo entrelaçado com o progresso da sociedade. A pertinência deste ponto prende-se com a génese de todo o debate em torno do tema. No fundo, perceber o circunstancialismo do lugar que ocupa a religião na sociedade hodierna pode refletir-se no modo como a mesma tem espaço no

² Miranda & Medeiros, 2010, p. 911.

³ Machado, 2010, p. 8.

⁴ Como refere Jorge Bacelar Gouveia, o fenómeno religioso, dependente da atividade humana, estará sempre presente em todas as épocas e lugares (Gouveia, 1993, pp. 190-191).

local de trabalho. Posto isto, qual deve ser, então, o posicionamento dos Estados em relação à religião⁵?

Podemos hoje, em Portugal, afirmar-nos, ainda que tacitamente, como sendo um Estado laico⁶ 7. Sabemos, porém, que nem sempre o fomos. E o que é, afinal, um Estado laico?

Encontrámos uma tríade de modelos teóricos de análise que podem ser adotados pelos Estados e se destringam nas variantes de *confessional*, *laico* e *laicista*⁸. O confessional consubstancia o modelo em que religião e poder político estão entrelaçados, isto é, a circunstância de um Estado assumir plenamente uma religião cuja interferência se reflete em todos os domínios da sociedade, assim se cumprindo com as prescrições impostas pela confissão religiosa adotada⁹. O Estado laico, por seu turno, não assume qualquer religião, adotando uma política de neutralidade, o que não significa uma abstenção perante o fenómeno religioso. Neste arquétipo, os Estados mantêm uma relação com a Igreja, havendo aqui opção por duas formas de concretização – uma política de união¹⁰ ou de separação. Na primeira existe, de algum modo, a “oficialização” de uma religião em detrimento de outras, ao passo que na segunda é adotada uma separação relativa – em que é conferida primazia a uma religião – ou uma separação absoluta, que oferece um tratamento igualitário entre todas as confissões religiosas. Nesta hipótese, o Estado mantém a equidistância dos vários cultos religiosos. Por fim, o Estado laicista, diametralmente destoante do primeiro, é aquele em que se verifica uma aversão ao fenómeno religioso, procurando, aqui, mitigar-se todas as manifestações religiosas, apenas se verificando uma variação quanto ao grau de intensidade – ora adotando uma postura puramente passiva, ora de total militância –, com vista à erradicação de todas as formas de manifestação¹¹.

Além desta teorização conceptual mais tradicional, há quem proponha uma visão tripartida da evolução da religião, enquanto fenómeno em permanente mutação. Nas suas distintas fases terá sido perspectivada, inicialmente, na vertente de igualdade formal, o que não significa, necessariamente, o mesmo que integração, tendo evoluído, conseqüentemente, para uma modalidade de *tolerância da manifestação*, com base na aceção de não discriminação. No vértice desta evolução estará a conceção de *acomodação da diferença*¹², a qual concede aos

⁵ Para mais desenvolvimentos sobre o lugar da religião nos Estados, veja-se Adragão, 2011, p. 468. O autor questiona se “[s]erá a neutralidade a resposta adequada do poder político à projecção da religião no espaço público”.

⁶ Para uma evolução do fenómeno religioso em Portugal, Gouveia, 1993, p. 193; Miranda, 1986, pp. 118-136 e ainda Marques & Marques, 2016.

⁷ Como veremos adiante, a nossa CRP não nos declara como um Estado laico.

⁸ Gouveia, 1993, p. 190.

⁹ Gouveia, 1993, p. 192, refere duas modalidades dentro do Estado confessional: a *teocracia*, quando predomina o poder religioso e o *cesaropapismo*, quando o predomínio assenta no poder político.

¹⁰ Gouveia, 1993, p. 192. O autor ressalva, ainda, a existência de um *clericalismo*, quando a união decorra do poder religioso para o poder político, ou *regalismo*, na hipótese de a união decorrer na ordem inversa.

¹¹ Campos, 2014, p. 223, refere-se ao entendimento laicista como aquele que institucionaliza a intolerância dos grupos minoritários a uma religião maioritária. Em oposição, propõe que o entendimento pluralista se deve basear na mútua tolerância.

¹² Mestre, 2018, pp. 8-15.

crentes a possibilidade de poderem manifestar a sua religião na esfera pública, em concreto no emprego, e que, por isso, se encontra mais propensa à existência de conflitualidades.

De uma forma sucinta, impõe-se uma perspetivação destas fases em consonância com o contexto sociocultural¹³, em que é evidente a clivagem existente de abordagens, como teremos oportunidade de atentar com mais pormenor *infra*. O que justifica que, apesar da tendência do princípio do secularismo nos Estados Ocidentais, estes conheçam idiossincrasias divergentes em diferentes países¹⁴.

Em face desta breve exposição¹⁵, é possível concluir que nos encontramos inseridos num Estado laico com separação absoluta, o que se torna evidente quando analisada a LLR¹⁶, que não diferencia as confissões religiosas¹⁷. Todavia, este absentismo não se torna absoluto quando, por força dos usos, inelutavelmente, é conferida uma primazia à Religião Católica, como veremos adiante¹⁸.

Numa tentativa de retorquir à interrogação que serve de título a este ponto, entendemos que a separação não é a única forma de garantir uma convivência neutral de uma sociedade pluralista, ainda que o reconhecimento de uma Igreja em detrimento de outras possa resultar numa presunção de tratamento privilegiado¹⁹ ²⁰. De igual guisa, defendemos que a neutralidade²¹ que endossa a laicidade não é sinónima de hostilidade perante o fenómeno religioso, apenas se impondo uma proibição do privilégio e da discriminação²².

¹³ A abordagem referida na primeira e segunda fase, de inspiração francesa e adotada por países do sul da Europa, ao passo que a terceira fase, ao invés, terá sido adotada por alguns países nórdicos.

¹⁴ Ilustrando esta realidade, Jerónimo, 2016, p. 14, demonstra que existem Estados que mantêm relações e prestam apoio a organizações religiosas, permitindo ainda a presença de símbolos religiosos em locais públicos – como é o caso português. Para uma perspetiva mais alargada sobre a forma como a secularidade interage com a heterogeneidade dos países europeus, veja-se ainda Foblets & Alidadi, 2013, pp. 5-6.

¹⁵ Para uma visão mais aprofundada do tema, veja-se ainda Guerreiro, 2005a, pp. 1095 e ss., que aborda o princípio da laicidade, dicotomizando-o com base em duas interpretações – uma mais combativa e uma outra mais tolerante – com base na doutrina e jurisprudência que segue.

¹⁶ Lei 16/2001, de 22 de junho.

¹⁷ De igual guisa nos é possível chegar à mesma conclusão quando analisada a CRP, onde se prevê que o ensino público é não confessional, ou quando é vedado aos partidos que utilizem alusões relacionadas com qualquer religião, e bem ainda na independência das associações sindicais que não podem estar agregadas a confissões religiosas, Marques & Marques, 2016, p. 15.

¹⁸ Guerreiro, 2005, p. 79, refere que esta *laicização imperfeita* se deve à concretização do princípio da igualdade – tratar, de forma diferente, situações diferentes – justificada pelo facto de a Igreja Católica ser prevalente na sua representatividade.

¹⁹ Como sublinha Campos, 2014, p. 232; há países intimamente ligados a Igrejas, como o são Inglaterra, Dinamarca e Finlândia, onde não há conhecimento de violações flagrantes a este respeito.

²⁰ Guerreiro, 2005, p. 86.

²¹ A propósito da neutralidade, Adragão, 2010, p. 468, sublinha a existência de duas teses originárias que levaram à neutralidade dos Estados que, hoje, temos como certa: “as teses francesas de tendência laicizante e anticlerical; e as teses rawlsianas, de orientação contratualista e formalista”.

²² Marques & Marques, 2016, p. 12.

2.2. A liberdade religiosa enquanto direito fundamental e direito de personalidade

Na esteira de tudo o que anteriormente se explanou, percebemos que a evolução nos trouxe ao lugar atual de um Estado Democrático²³, porventura fruto do “amadurecimento das várias matrizes anteriores”²⁴. Vejamos como pode ser postulada esta liberdade religiosa, em consonância com o posicionamento adotado pelo Estado, mormente o português²⁵.

Hodiernamente, a liberdade religiosa é perspetivada como um direito fundamental, encontrando consagração na maior parte dos diplomas legislativos, em larga maioria internacionais. Tomando como ponto de partida a CRP, é visível a eminência conferida a esta liberdade enquanto direito fundamental²⁶, assente na indissociabilidade da autonomia individual, a qual reveste um caráter vital na constituição da identidade pessoal e no desenvolvimento da própria personalidade²⁷, porquanto “sem a garantia deste último reduto, os homens não podem verdadeiramente fazer uso da sua condição humana”²⁸.

Plasmado no art. 41.º da CRP, este direito acolhe quer a possibilidade de ter ou não religião, quer o direito a mudar de religião – a *apostasia*²⁹. Compreende ainda a liberdade de culto, de observar as festividades, a liberdade de cumprir com as prescrições da confissão adotada e, naturalmente, a liberdade de manifestação, na qual se insere o direito de expressar a liberdade religiosa através do uso de símbolos, bem como a liberdade de difundir a religião ou de exercer proselitismo, desde que no respeito pela liberdade dos outros³⁰.

Retomando o preceito constitucional que principia a nossa análise, encontramos também a liberdade religiosa indissociável das liberdades de consciência e culto. Em sentido figurado, é possível perspetivar estas liberdades como uma *matrioska*, cujas figuras são autónomas entre si, mas encontram uma interligação entre elas. Nesta tropologia, a maior figura será, naturalmente, a liberdade de consciência, por abranger todas as convicções, que não apenas as crenças religiosas. Logo após, a liberdade de religião, que, como tivemos já oportunidade de referir, compreende uma panóplia de direitos que lhe conferem valência. Por último, a menor figura será a liberdade de culto, onde se integra o direito individual e/ou coletivo de exteriorizar a liberdade religiosa.

²³ Duarte, 2005, p. 117, afirma que “[como] estado de direito democrático, contam-se entre as bases da República Portuguesa o pluralismo e o respeito e garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais”.

²⁴ Marques & Marques, 2016, p. 11.

²⁵ Marques & Marques, 2016, p. 12; A separação do Estado e das Igrejas, a par das liberdades de consciência, de religião e de culto, são limites materiais de revisão constitucional, insuscetíveis de suspensão mesmo em estado de sítio ou de emergência.

²⁶ Como apontam Miranda & Medeiros, 2010, p. 295, estão em causa direitos fundamentais *implícitos*.

²⁷ Canotilho, 2007, p. 781.

²⁸ Guerreiro, 2005, p. 19.

²⁹ Uma pessoa será apóstata sempre que assumir uma religião diferente da que tem ou, porventura, adotar um estilo de vida secular. Este ato pode ser severamente punido em países que se baseiam na lei *Sharia* (lei islâmica). Moreira & Gomes, 2014, p. 259.

³⁰ Miranda & Medeiros, 2010, p. 447 e também Machado, 2017, pp. 677-678.

O artigo em análise não deverá, contudo, ser analisado isoladamente, porquanto terá de ser conexionado com o preceito vertido no art. 26.º da CRP, que, ao tutelar o direito à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à reserva da intimidade da vida privada e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação, integra a liberdade religiosa no elenco de direitos, liberdades e garantias, o que resulta na asserção de que estamos diante de um direito “irrenunciável, indisponível, intransferível e imprescritível”³¹.

É, portanto, manifesta a primordialidade que esta liberdade assume, acrescendo ao catálogo que elenca os direitos de personalidade e figurando, igualmente, como um direito, liberdade e garantia. Ressalva-se, contudo, o facto de não estamos diante de um direito absoluto, pelo que haverá que contrapesar com outros direitos e bens que justifiquem a sua restrição. Casos limitados e fundamentados, como o serão razões de segurança, ordem e saúde públicas, como oportunamente veremos.

Além do mais, o reconhecimento desta liberdade não se esgota na CRP. De facto, este diploma, ao consagrar a liberdade religiosa como um direito constitucional, exprime os desígnios dos instrumentos internacionais e de direito europeu, podendo observar-se um escopo comum quando analisada toda a panóplia de normativos em sincronia. Referimo-nos às várias disposições normativas atinentes à liberdade religiosa, designadamente as que encontram posituação na DUDH³² (arts. 2.º e 18.º), no PIDESC (art. 18.º), na CEDH (art. 9.º), na CDFUE (art. 10.º), entre outros. À parte dos instrumentos internacionais, não poderíamos negligenciar a referência à LLR que, ainda que de nível infraconstitucional, assume uma preponderância extrema. Em concreto, reveste para nós particular interesse o art. 14.º, por se referir especificamente ao contexto laboral, concretizando “o comando constitucional decorrente do art. 41.º da CRP”³³. Prescreve este artigo que será concedido aos trabalhadores subordinados o direito a observar as festividades decorrentes da confissão professada. Contudo, para beneficiar desta concessão, haverá que cumprir uma panóplia de requisitos para obter tal dispensa³⁴. Um outro artigo que não poderia sucumbir à nossa referência é o art. 7.º³⁵ deste mesmo diploma e que, de algum modo, justifica o título deste trabalho.

Além de direito fundamental, temos que, por identidade de razão, estamos perante um direito de personalidade, uma vez que estes se afiguram como “direitos subjetivos que recaem sobre bens pessoalíssimos e projetam a própria personalidade humana, assumindo-se como direitos pessoais, intransmissíveis e absolutos, que traduzem uma excepcional dignidade

³¹ Canotilho, 2007, p. 782.

³² Que como afirma Machado, 2012, p. 86, serve de base à própria interpretação do preceito constitucional inscrito no n.º 2 do art. 16.º da CRP, na medida em que este prevê que todos os direitos que se inscrevem no catálogo de direitos fundamentais devem ser integrados e interpretados em consonância com a DUDH.

³³ Machado, 2012, p. 97. Veja-se igualmente a autora, Machado, 2017, p. 681.

³⁴ Nomeadamente: a) prestação de trabalho em regime de flexibilidade de horário; b) ser membro de igreja ou comunidade religiosa que tenha indicado os dias e períodos a entidade competente; c) que o período de trabalho concedido seja integralmente compensado.

³⁵ “Art. 7.º - Os conflitos entre a liberdade de consciência, de religião e de culto de uma pessoa e a de outra ou outras resolver-se-ão com tolerância, de modo a respeitar quanto possível a liberdade de cada uma”.

ética”³⁶. Pela sua proeminência, aderimos ao posicionamento que entende que estes preceitos, quer sejam constitucionais, quer infraconstitucionais, não são direitos atribuídos pelo legislador, mas direitos consagrados que “existem independentemente das formulações legais”³⁷.

Em súmula, torna-se evidente que a liberdade se encontra sobremaneira tutelada; resta saber se todo o catálogo de direitos que endossa a dignidade humana e contende, em concreto, com a liberdade religiosa tem realmente substância, ou se carece de “fórmulas vazias, afirmações sem conteúdo”³⁸.

2.3. As dimensões da liberdade religiosa

A compreensão da liberdade religiosa assume-se tarefa complexa. Não é descabida a sua caracterização como um direito “com uma configuração heterogénea”³⁹. Não obstante, impele-nos fazer aqui uma “dissecação” que permita uma melhor apreensão da sua dimensão.

Perante a análise dos preceitos que servem de orientação a esta matéria – e trazendo novamente o art. 41.º da CRP –, é verosímil encontrar na formulação desta norma uma multiplicidade de dimensões que configuram a liberdade religiosa. Com efeito, é possível ramificar este direito em *subjetivo* – intimamente ligado à autonomia privada, por isso próprio de cada um –, *público* e *coletivo* – o que pressupõe a liberdade de associação e organização –, e *fundamental*, enquanto alicerce de qualquer ordenamento e de outros direitos humanos. A liberdade religiosa contempla, ainda, uma dimensão *negativa*, por proibir quaisquer intervenções que possam cerceá-la por parte das entidades público-privadas, e *positiva*, por demandar, igualmente, condições que propiciem o seu exercício. É, também, *universal* por ser passível de observação em sociedades livres⁴⁰.

Chamando ora à colação os instrumentos internacionais, que em muito enriquecem o nosso estudo – em particular o artigo 9.º⁴¹ do CEDH⁴² –, reparamos que existe uma bipartição da liberdade religiosa, criando-se aqui uma dicotomia que se materializa em dois aspetos: o *forum internum*, inerente à componente individual da liberdade religiosa, que se

³⁶ Duarte, 2005, p. 121.

³⁷ Martínez, 2017, p. 373.

³⁸ Ascensão, 2008, p. 279.

³⁹ Machado, 2012, p. 88.

⁴⁰ Cfr. Canotilho, 2007, pp. 781-782.

⁴¹ “Art. 9.º - 1. Qualquer pessoa tem direito a liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou coletivamente, em público ou em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. 2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, a segurança pública, a proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou a proteção dos direitos e liberdades de outrem”.

⁴² Na esteira de González-Castro, 2016, p. 331, O CEDH “pode ser considerado como o primeiro instrumento vinculativo de alcance internacional que transformou em obrigações precisas muitos dos princípios gerais proclamados” pela DUDH. Para uma análise mais aprofundada da interpretação do artigo, veja-se Tulkens, 2014, pp. 509-530.

consubstancia na liberdade de escolha de uma religião, na possibilidade de ser apóstata e na possibilidade de exercer ou poder evitar formas de proselitismo. No reverso da medalha, encontramos o *forum externum*, que se materializa na manifestação da religião ou crença. Esta distinção, longe de ser consensual⁴³, atribui ao *forum internum* uma liberdade ilimitada⁴⁴, ao passo que a manifestação exterior das convicções poderá já ser alvo de restrições⁴⁵. Na falta de consenso reside a consideração de que esta dicotomia é absolutamente desprovida de sentido, “já que nenhum crente poderá ser obrigado a manter a liberdade religiosa no foro íntimo”^{46 47}.

Por identidade de razão, facilmente concluímos que a exteriorização da liberdade religiosa é o cerne da problematização, pois caso ela se mantivesse na esfera íntima apenas, nenhum conflito se colocaria. Todavia, só faz sentido falarmos em liberdade religiosa e na sua tutela quando aquilo que está em causa é a sua exteriorização, porquanto “[a religião] é algo que tende a manifestar-se em praticamente toda a vida do crente”⁴⁸.

Facto é que o delineamento destas suas concepções nem sempre é nítido, pelo que há quem questione se a intervenção do Estado, quando perentoriamente acentuada, não inferirá propriamente no direito a ter uma religião *strictu sensu*⁴⁹.

Contudo, na medida em que não estamos diante de um direito absoluto, haverá, naturalmente, restrições, as quais deverão ser analisadas de modo cauteloso⁵⁰. Quer isto dizer que, para operar a restrição, haverá que considerar uma tripla condição⁵¹. Assim, para que possam ser admissíveis restrições, as mesmas devem encontrar previsão legal, e cumprir com finalidades legítimas e necessárias numa sociedade democrática⁵².

Além do mais, interpretando teleologicamente o preceito em análise, parece ser possível influir que o mesmo não tem um efeito meramente programático, mas visa também obrigar os Estados a promover ações positivas e a precaver quaisquer violações⁵³.

⁴³ Guerreiro, 2005, pp. 27 e 28 enumera alguns pontos de confronto, nomeadamente no posicionamento adotado pelos Estados em relação às Igrejas, no surgimento de novas religiões.

⁴⁴ Na esteira de Gomes, 2006, p. 130, para quem este artigo é “dos mais sugestivos: próprio de uma época de monolitismo religioso, este preceito articula-se em torno de uma distinção (...) [entre o] foro íntimo de cada um, que seria ilimitada, e a manifestação exterior das convicções religiosas”. No mesmo sentido, Savatier, 2004, p. 356: “Se queremos que a liberdade religiosa destes [trabalhadores] não seja vã, é preciso autorizá-los a manifestar a sua fé, mesmo publicamente”.

⁴⁵ Como sublinha Tulkens, 2014, p. 520, “essas limitações ou restrições ilustram a dialética clássica, no que concerne aos direitos fundamentais, entre salvaguardar o direito individual e defender o interesse geral”. Para González-Castro, 2016, p. 333, esta dupla dimensão de liberdade religiosa “é merecedora de proteção tanto na vertente positiva como na sua vertente negativa”.

⁴⁶ Machado, 2012, p. 99.

⁴⁷ Gomes, 2001, p. 150, entende que “A proclamação de uma liberdade ilimitada no foro íntimo é, evidentemente, destituída de qualquer sentido útil. Nem os piores ditadores – fossem eles Hitler, Estaline ou Pol Pot – poderiam impedir (...) que no foro íntimo cada um acreditasse no que quisesse. Como já diz o provérbio inglês, ‘nem o diabo sabe o que vai no coração do Homem’”.

⁴⁸ Gomes, 2001, p. 150.

⁴⁹ Neste sentido, Jerónimo, 2014, p. 16.

⁵⁰ Como resulta aliás do n.º 2 do art. 9.º da CEDH.

⁵¹ Neste sentido, González-Castro, 2016, pp. 333-334.

⁵² No caso *Kokkinakis* c. Grécia, o TEDH considerou já que esta liberdade configura um dos pilares de uma sociedade democrática, consubstanciando “um dos elementos mais essenciais da identidade e (...) uma manifestação de pluralismo”.

⁵³ Neste sentido, González-Castro, 2016, p. 336.

Parte II – O impacto da liberdade religiosa no contexto laboral

3. Duas realidades antagónicas?

O mundo laboral espelha as realidades socioeconómicas das sociedades atuais, o que, naturalmente, se traduz numa diversidade de culturas e, conseqüentemente, de crenças, vulgo, religiões. Independentemente das mundividades observadas pelo trabalhador, o exercício da liberdade religiosa contende com uma panóplia de prescrições que deverão ser observadas por este. Condicionalismos que “têm a função de fazer ver ao Homem que existe uma vontade divina superior que impõe limites que o indivíduo não pode ultrapassar como prova da sua obediência e estímulo ao autocontrolo”⁵⁴. Esta dissidência de confissões gera determinados comportamentos diversificados que colocam em causa o monolitismo próprio dos contextos laborais. Estas novas dinâmicas encerram, por isso, inúmeras conflitualidades que ganham corpo se atentarmos no número de casos jurisprudenciais que vão surgindo e que vão merecer a nossa atenção doravante.

Num espaço tão sensível, como o é o local de trabalho, tudo parece servir de objeto de confronto, sobretudo quando a tónica aqui protagonizada é algo tão sensível como a religião⁵⁵. A ilustração da problemática reveste as mais variadas formas. Desde o modo como é organizado o tempo de trabalho, que contende, por exemplo com a observação de determinados feriados religiosos⁵⁶; ao modo como a prestação laboral é executada; bem ainda nos condicionalismos que se colocam ao nível alimentação⁵⁷; e, em particular para a nossa análise, na própria utilização de símbolos religiosos, muitas vezes conspícuos. Correndo o risco de apenas estar a levantar a ponta do véu, referimo-nos neste ponto aos contextos laborais mais “tradicionais”, não nos debruçando sobre as Organizações de Tendência⁵⁸.

Na trivialidade com que, não raras vezes, se encaram estas questões, pense-se por exemplo que na larga maioria das empresas, o dia de descanso semanal, em Portugal, por exemplo, é por excelência o domingo, em cumprimento com as prescrições da Igreja Católica⁵⁹

⁵⁴ Machado, 2014, p. 494.

⁵⁵ Machado, 2010, p. 9: “Uma coisa é certa: o local de trabalho é, cada vez mais, um ponto crítico de teste diário da liberdade religiosa”. Numa tentativa de apresentar soluções, o autor propõe, neste seio de relações laborais, três possíveis modelos de mercado laboral, sempre que o empregador não seja Organização de Tendência, apresentando três protótipos, que se consubstanciam em modelos de neutralidade, tolerância e multiculturalismo (pp. 11-13).

⁵⁶ Na ótica de Machado, 2010, p. 8, a religião reveste-se de particular importância, o que é evidente quando refletimos que a mesma influencia a própria conformação do direito do trabalho, “em domínios como o descanso semanal, a obrigação de pagamento de salário, a proibição de imposição de condições inumanas e a noção de opressão do trabalhador como injustiça”, afirmando que a legislação laboral tem um fundo religioso inquestionável. No mesmo sentido, Machado, 2014, p. 492.

⁵⁷ Para mais desenvolvimentos sobre as exigências alimentares em sede religiosa, veja-se Machado, 2014, pp. 491-508.

⁵⁸ As Organizações de Tendência não serão abordadas no presente trabalho, por considerarmos que as mesmas merecem autonomização. Para uma análise mais aprofundada sobre a temática, Gomes, 2007, pp. 235-243.

⁵⁹ Num estudo recente desenvolvido pelo IPAM, “Hábitos religiosos da população portuguesa & o Papa Francisco”, a religião Católica continua a ser a religião predominante em Portugal.

⁶⁰. Não se estará a discriminar, desde logo, todas as outras religiões minoritárias que não observam o domingo como dia de descanso⁶¹? É precisamente nestas minorias que devemos refletir quando falamos da tutela da liberdade religiosa, pois só desta forma alcançamos o desiderato dos princípios da igualdade e não discriminação, que veremos *infra* com mais detalhe⁶².

Pelo risco de confronto entre os vários direitos que pendem para cada uma das partes figurantes na relação contratual controvertida, demanda-se uma “metódica de ponderação proporcional de bens em colisão”⁶³ ⁶⁴. Se, por um lado, teremos de atender à liberdade religiosa do trabalhador – direito fundamental análogo aos direitos, liberdades e garantias –, do lado oposto, haverá que considerar os direitos à iniciativa económica privada e de liberdade de iniciativa económica, de direito de propriedade e da liberdade contratual do lado do empregador⁶⁵ ⁶⁶. Uma relação dialética demarcada por obrigações contratuais, que não se afiguram como os meios adequados para dar resposta, em nosso entendimento, aos interesses em demanda. Assim, e sob a égide do exercício da casuística, cremos que a resposta poderá ser resolvida nos princípios orientadores da proporcionalidade, necessidade e adequação. Princípios que encontram consentânea com a legitimidade das restrições da liberdade religiosa, como referimos na primeira parte deste estudo.

Pela pertinência das questões, surpreende-nos a ausência de qualquer disposição normativa com específica incidência no direito laboral, tornando redutor este reconhecimento apenas passível de inação através do princípio da igualdade e das normas relativas à matéria de discriminação⁶⁷.

3.1. Restrições à liberdade religiosa do trabalhador

No cerne da problemática reside, então, a colisão de direitos que pertencem à esfera dos figurantes da relação laboral. É inegável a consciência de que o trabalhador, ao celebrar um contrato de trabalho, não perde a qualidade de cidadão. Como vem sendo afirmado por alguns

⁶⁰ No próprio CT é notória a opção do legislador ao considerar o domingo como dia de descanso semanal (cfr. art. 232.º do CT). Questionamos mesmo se não se estará perante uma inconstitucionalidade.

⁶¹ Pense-se, por exemplo, no caso da Igreja Adventista de 7.º Dia, cujo dia de descanso semanal é desde o pôr-do-sol de sexta ao pôr-do-sol de sábado.

⁶² Neste sentido, Machado, 2012, p. 100.

⁶³ Machado, 2010, p. 14.

⁶⁴ Tulkens, 2014, pp. 520-528, ilustra as várias abordagens possíveis para resolver as questões suscitadas pelo conflito de direitos. Numa das propostas – de concordância prática – “o objetivo deveria ser, numa perspectiva dialética imaginativa que envolvesse concessões mútuas que atenuassem os requisitos contraditórios, retardar o sacrifício inexorável até ao último momento possível”. Segundo a autora, a fragilidade desta abordagem reside no facto de a mesma não construir linhas orientadoras que possam dirimir conflitos futuros.

⁶⁵ Art. 61.º, n.º 1 da CRP.

⁶⁶ Art. 80.º, al. c), da CRP.

⁶⁷ O Código do Trabalho, de facto, autonomiza estes conceitos em capítulo próprio (arts. 23.º a 27.º e ss. do CT); no entanto, a sua abordagem peca por abstração. Para um estudo mais aprofundado da questão normativa, veja-se Duarte, 2005, pp. 111-139.

autores, “a cidadania não fica à porta da empresa”⁶⁸, porquanto “[a] força do trabalho é uma qualidade inseparável da pessoa do trabalhador (...). Destarte, ao alienar a sua força de trabalho, o trabalhador aliena-se de algum modo, a si próprio”⁶⁹. A liberdade religiosa, enquanto aspeto indissociável da autonomia individual, não fica, também ela, no “armário”.

Retomando novamente os preceitos vertidos na CRP, o legislador podia ter-se limitado a utilizar técnicas remissivas ou de transposição. Não o tendo feito, é de notar o avanço que, na esteira de alguns autores, reconheceu uma maior limitação aos poderes do empregador⁷⁰. A CRP, de facto, identifica uma dupla proteção em matéria de direitos fundamentais, onde se insere, como vimos, a liberdade religiosa. Assim, num binómio trabalhador-cidadão, além do leque de proteções que ampara, este verá a sua tutela fortalecida quando colocado na posição de trabalhador⁷¹⁷². Além da CRP, haverá, naturalmente, que considerar os designados elementos *meta-contratuais*⁷³ como meio de tutela sobre os cidadãos, não apenas na veste de trabalhadores. Quer isto dizer que não se poderá olvidar do reconhecimento de direitos atribuídos aos cidadãos enquanto tal, reconhecendo-se por isso a liberdade individual do trabalhador⁷⁴.

Contudo, pese embora todo o reconhecimento que é conferido, as disposições legais sofrem algum tipo de prostração quando analisadas no contexto laboral, o que é legitimado pela colisão de direitos em análise⁷⁵. Na balança têm, como em qualquer situação de conflito de direitos, de ser sobrepesados todos os interesses em análise. A questão que se impõe é, precisamente, a de perceber em que medida a liberdade religiosa pode ser coartada em função do contrato de trabalho⁷⁶. Ainda que haja um comprometimento nesta sede que justifica a própria autonomização desta relação – que não se compadece com a relação contratual tal qual regulada pelo direito civil –, a alienação que prevalece sobre o trabalhador tem de conhecer os seus limites. Assim, e retomando os exemplos *supra* epigrafiados, será legítimo ao empregador impedir que o trabalhador que professe a Igreja Adventista do 7.º Dia possa observar o dia de descanso entre o pôr-do-sol de sexta e o pôr-do-sol de sábado? E poderá, porventura, o trabalhador opor-se à execução do contrato de trabalho por tal função objetar com as suas

⁶⁸ Gomes, 2007, p. 266. Em igual sentido, Machado, 2010, p. 8, ao afirmar que existe “o direito a não ser obrigado a colocar a religião ‘no armário’”.

⁶⁹ Amado, 2016, p. 12.

⁷⁰ Dray, 2015, p. 364, e de igual guisa Gomes, 2007, pp. 267-268.

⁷¹ Neste sentido, Machado, 2012, pp. 81-82. A autora refere que os preceitos constitucionais são insuficientes no reconhecimento pleno dos direitos reconhecidos no contrato de trabalho.

⁷² Fernandes, 2017, p. 236 refere-se a direitos *específicos* e *inespecíficos* e ilustra situações em que se verifica o conflagramento destes direitos que se têm por fundamentais.

⁷³ Xavier, 2004, p. 237.

⁷⁴ Machado, 2012, p. 82.

⁷⁵ O que, como refere Xavier, 2004, p. 174, é uma constatação que se retira da leitura do Código de Seabra, ao definir o trabalhador assalariado como o que se submetia a prestar o seu trabalho sob as ordens e direção do empregador.

⁷⁶ Xavier, 2004, pp. 191-195 reconhece esta limitação de direitos como resultante da própria prestação de trabalho. González-Castro, 2016, p. 327, considera, porém, que “A formalização de uma relação laboral não supõe a conformação de um território imune à efetividade dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nem tão pouco a privação para uma das partes, o trabalhador, dos seus direitos”.

crenças? E, do mesmo modo, serão legítimas políticas de neutralidade que impeçam a utilização de símbolos religiosos? Estas questões não têm respostas unívocas. Porém, pelo exposto, acompanhamos o pensamento de que a constrição de direitos apenas é legítima quando a plenitude destes direitos se oponha a interesses legítimos do empregador ou de terceiros, o que obriga, naturalmente, a uma justa ponderação de direitos em causa⁷⁷ ⁷⁸. Todavia, o entendimento que parece merecer mais acolhimento é o de que o trabalhador não deve “prejudicar os objetivos visados pelo contrato ao sobrepor-lhe a sua prática religiosa ou os fins da sua religião, designadamente procurando fazer propaganda religiosa no local de trabalho, ou abster-se de trabalhar por motivos religiosos”⁷⁹. Julgamos, contudo, que a asserção não será inexorável, uma vez que é “aceitável um dever de recolhimento, mas não um dever de apagamento”⁸⁰, e haverá situações em que se poderá equacionar uma *acomodação razoável*, o que nos leva ao próximo ponto.

3.2. A discriminação fundada na religião

O enquadramento da questão da liberdade religiosa no seio dos princípios da *igualdade e não discriminação* impõe aqui uma alusão aos instrumentos de ordenamento europeu, chamando à colação a Diretiva 2000/78/CE⁸¹⁸². Esta diretiva, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional⁸³, num intento de concretização dos objetivos do Tratado CE⁸⁴, permite-nos compreender, de uma forma mais esclarecedora, os conceitos de discriminação, que se bifurcam em quatro modalidades – *direta, indireta, assédio e instrução para discriminar*⁸⁵.

A perspetivação destes normativos comunitários prevê um leque de motivações, não tendo, por exclusivo, o escopo de regular a liberdade religiosa, a qual é elencada num quadro

⁷⁷ A este propósito, Xavier, 2004, p. 194.

⁷⁸ Gomes, 2007, p. 267: “Qualquer restrição aos direitos fundamentais tem que ser justificada, adequada e proporcional”. Por seu turno, Lopes, 2014, p. 18, admite que a solução para o problema reside na CRP, nomeadamente no art. 18.º, n.º 2, que admite restrições na medida do “necessário para salvaguardar outros interesses constitucionalmente protegidos”, asseverando que a mesma deverá ter natureza excecional, segundo os critérios de proporcionalidade – em consideração aos princípios da necessidade, adequação e proibição do excesso – e o respeito “pelo conteúdo essencial mínimo do direito atingido”.

⁷⁹ Leitão, 2016, pp. 153-154.

⁸⁰ Quintas, 2013, p. 280.

⁸¹ A importância da menção dos textos internacionais justifica-se pelo princípio da receção automática, que encontra estipulação no art. 8.º da CRP, “que assegura que as normas e princípios de direito internacional comum fazem parte integrante do direito português (...) e os actos normativos resultantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas, vigoram após a sua publicação no jornal oficial, no ordenamento jurídico português” (Campos, 2002, p. 286). Dos textos internacionais de destaque neste tópico, releva-se a DUDH, o PIDCP, o PIDESC, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou Crenças, convenções da OIT, TFUE, e CDFUE.

⁸² De 27 de novembro de 2000.

⁸³ O que inclui o acesso, promoção e formação profissionais, condições de trabalho e a inscrição em certos organismos.

⁸⁴ Nomeadamente a promoção de um elevado nível de emprego e de proteção social, o aumento do nível e da qualidade de vida, a coesão económica e social, a solidariedade e a livre circulação das pessoas.

⁸⁵ Como refere Mestre, 2018, p. 21, haverá quem considere que, em bom rigor, apenas existem duas modalidades de discriminação – direta e indireta.

de enumerações da Diretiva. Destarte, a Diretiva em apreço tem aspetos que devem ser salientados e que enriquecem o objeto do nosso estudo, destacando-se o seu âmbito de aplicação e o facto de a mesma oferecer a conceptualização das modalidades de discriminação.

A propósito do seu âmbito de aplicação, este é sobremaneira profuso, na medida em que, mesmo perspectivado no seio das relações *inter* privados, vincula quer entidades públicas – onde se incluem os organismos públicos –, quer entidades privadas, o que confere uma tutela o mais abrangente possível.

Interessando-nos, ora, a conceptualização que é feita por este instrumento: a discriminação *direta* vem definida como a hipótese em que “uma pessoa seja objeto de um tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável”⁸⁶. De igual guisa, haverá discriminação *indireta* “[s]empre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra, seja suscetível de colocar numa situação de desvantagem pessoas com uma determinada religião ou convicções (...) comparativamente com outras pessoas”⁸⁷. No fundo, o que revela nesta última hipótese é o impacto objetivo que estas normas terão sobre um determinado grupo.

A pertinência desta bifurcação de conceitos prende-se, desde logo, com a circunstância probatória em torno desta contingência discriminatória⁸⁸ e com mais interesse prático, com o leque de justificações que possibilitam o afastamento de considerações discriminatórias. Com efeito, sempre que um determinado comportamento se reconduza a uma situação de discriminação *direta*, o afastamento apenas será legitimado quando em causa possam estar “requisitos ocupacionais genuínos”⁸⁹. Por outro lado, numa hipótese de discriminação *indireta* e possível recondução a uma obrigação de “acomodação razoável”, o leque de justificações é mais amplo e, em bom rigor, levaria à perscrutação do teste da *legitimidade, adequação e proporcionalidade*⁹⁰. A análise destes preceitos impõe parcimónia, na medida em que a referida Diretiva tolera a existência de vários argumentos justificativos que permitam o afastamento da consideração de discriminação, razões ponderosas e estritas⁹¹.

⁸⁶ N.º 1 do Art. 2.º da Diretiva 2000/78/CE. No entanto, não quer isto dizer que tenha de existir um *animus* em discriminar, bastando verificar-se o *fundamento* para que exista discriminação. Veja-se, a este propósito, Mestre, 2018, p. 22.

⁸⁷ Como pode ler-se no n.º 2 do art. 2.º. Para Waddington & Hendriks, 2002, pp. 406-408, a discriminação *indireta* aproxima-se da noção de igualdade substantiva, porquanto ambos os conceitos estão intimamente preocupados com o resultado da forma de tratamento, não se limitando a prevê-la.

⁸⁸ Como denota Lopes, 2011, pp. 57-61, nos casos de discriminação direta, o essencial será o demandante conseguir provar que existiu discriminação, bastando, neste caso, uma análise comparativa entre dois sujeitos que se encontrem em situações idênticas; ao passo que nas situações de discriminação indireta, o processo probatório compreende uma comparação entre grupos, cabendo ao demandante provar que tal critério aparentemente neutro sacrifica alguém categoricamente e ao demandado conseguir demonstrar que tais diferenças têm um escopo legítimo, sendo, por isso, justificadas.

⁸⁹ Art. 4.º, n.º 1 da Diretiva 2000/78/CE.

⁹⁰ Na opinião de Waddington & Hendriks, 2002, p. 409, esta legislação peca por se basear na ideia de que as características equacionadas na sua génese raramente são relevantes e apenas em situações excecionais levam a um tratamento diferenciado.

⁹¹ Lopes, 2011, p. 55, debruçando-se sobre a dinamicidade destas questões, critica o posicionamento que vem sendo dado pelo TEDH no que concerne à religião, considerando os critérios aqui utilizados como “suspeitos”, ao afirmar

Enquanto garante da aplicação desta Diretiva, cabe ao Tribunal (TJ) indagar se tal prática é a mais adequada e apta à prossecução desse fito seguindo os princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade, ou seja, equiponderando os bens jurídicos em causa e o fim prosseguido – princípio da proporcionalidade, em sentido estrito⁹².

Embora seja profícuo que uma Diretiva se tenha debruçado sobre a discriminação com base na religião, na opinião da doutrina, esta tutela revela-se mais preventiva do que eficaz, porquanto não acautela devidamente a liberdade religiosa, ao não impor um ónus sobre o empregador de “procurar adaptar, na medida do razoável, o emprego àquelas condições”⁹³, a não ser nas hipóteses referentes aos portadores de deficiência.

Todavia, a introdução de conceitos como a *discriminação indireta* e a *adaptação razoável* evidenciam uma progressão considerável e abrem portas para futuras elucidações alternativas. Pese embora a indissociabilidade deste último conceito à discriminação em razão da deficiência, perfilhamos o entendimento de que “o conceito em si mesmo abrange todas as adaptações levadas a cabo em função de cada caso concreto sempre que seja necessário e sem que isso implique um encargo desproporcionado para o empregador”⁹⁴. Com efeito, existindo a aquiescência de considerar um tratamento em desfavor de um trabalhador que exerça a sua liberdade religiosa – ao utilizar símbolos religiosos – como discriminação *indireta*, permite que se possa equacionar uma acomodação razoável. O que não acontecerá na hipótese em que se aprecie uma determinada situação unicamente à luz da discriminação *direta*⁹⁵.

Correlativamente, na parca secção no Código do Trabalho que se ocupa destas matérias, encontramos estes mesmos conceitos reproduzidos, praticamente, na íntegra⁹⁶. Contudo, persiste o entendimento de que a liberdade religiosa perspectivada, no seio laboral, unicamente em face dos princípios de igualdade e não discriminação é demasiado redutora e “não tem força suficiente para moldar as relações laborais”⁹⁷.

4. A problemática em torno dos símbolos religiosos

O exercício da liberdade religiosa, como tivemos oportunidade de observar, comporta nas suas dimensões a liberdade de manifestação – o *forum externum*. Neste seio, é praticamente unívoca a afirmação de que a utilização dos símbolos religiosos será, provavelmente, a sede

que ou a sua análise “não tem vindo a ser feita à luz do princípio da não discriminação, ou, quando tal acontece, não tem tido em linha de conta as exigências de um estrito escrutínio judicial”.

⁹² Lopes, 2011, pp. 71-73. Também Rorive, 2009, pp. 2688-2696, sublinha a ambiguidade destas disposições.

⁹³ Gomes, 2001, p. 155.

⁹⁴ Neste sentido, Machado, 2014, p. 502.

⁹⁵ Neste sentido, Waddington & Hendriks, 2002, p. 423 propõem que se possa, porventura, reconduzir a falta de acomodação razoável à discriminação direta, na medida em que o caráter volitivo de discriminar se encontra preenchido. Isto, claro, nos casos em que a acomodação não tenha sido deliberadamente efetivada e possa demonstrar-se que a mesma não arrecadaria custos demasiado onerosos para o empregador.

⁹⁶ Veja-se, a propósito, as alíneas a) e b) do art. 23.º do CT, que não são mais do que uma reprodução do que consta do Civil Rights Act de 1964, norte-americano.

⁹⁷ Machado, 2012, p. 92.

que encontra mais pontos de conflito, o que é legitimado pelas decisões dos órgãos jurisdicionais, no mínimo, controversas. Na proeminência do debate em torno destes símbolos, frequentemente conspícuos, estão, naturalmente, o véu islâmico, a utilização de crucifixos alusivos ao cristianismo, o turbante da religião *Sikh*, ou a utilização *kippa* pelos homens judeus, embora estes últimos sejam extremamente raros e permaneçam confidenciais⁹⁸.

4.1. Análise jurisprudencial

4.1.1. TEDH⁹⁹

A proibição do uso de símbolos religiosos tem merecido, amiúde, a pronúncia deste órgão jurisdicional, o que demonstra a vetustez do problema, ao mesmo tempo que evidencia as malogradas decisões categóricas, parcas na resolução dos quesitos¹⁰⁰.

O uso de símbolos religiosos já havia sido alvo de discepção a respeito da presença destes em espaços públicos, mormente em escolas¹⁰¹, exemplo que nos leva a perfilar o entendimento de que o TEDH se tem posicionado numa “encruzilhada (...) entre um entendimento laicista e um entendimento pluralista da liberdade religiosa”¹⁰².

Como ponto de partida, referimo-nos sucintamente a acórdãos que, pese embora se situem fora do contexto laboral, nos permitem descortinar os arestos provincos, que têm uma preponderância extrema na medida em que posicionam o modo como os Estados têm legitimidade para exigir das entidades privadas condutas consonantes com as suas.

Assim, como marco emblemático, o Ac. *Leyla Sahin contra Turquia* assume-se como um dos maiores exemplos de restrição no domínio religioso, cuja argumentação foi, posteriormente, retomada nos Ac. *Kervanci* e *Dogru contra França*¹⁰³. Sumariamente, estava em causa a utilização do véu islâmico pelas demandantes, que viram a sua pretensão inviabilizada nas instituições de ensino público que frequentavam. Esgotadas as instâncias nacionais, as visadas recorreram ao TEDH, baseando a sua argumentação na violação do art.

⁹⁸ Rorive, 2009, p. 2669.

⁹⁹ Todas as decisões do TEDH referidas ao logo deste ponto serão disponibilizadas na lista final.

¹⁰⁰ A resposta a estas questões, porém, surge tardiamente. Como bem nota Rorive, 2009, p. 2673, até 1992, e apesar de inúmeras denúncias, o TEDH não se pronunciou sobre a temática em análise por considerar que estes pedidos eram inadmissíveis e manifestamente infundados. Ver também a autora para uma visão mais aprofundada da evolução destes casos neste Tribunal.

¹⁰¹ Veja-se, a propósito, os Acórdãos *Lautsi e outros contra Itália*, trivialmente designados por *Lautsi I* e *Lautsi II*. Para uma análise mais detalhada, Campos, 2014, pp. 223-233.

¹⁰² Cfr. Campos, 2014, p. 223.

¹⁰³ *Leyla Sahin* era estudante de medicina na Universidade de Istambul. Uma circular emitida na faculdade impediu a utilização do véu islâmico. A recusa por parte da aluna em retirar o véu impediu-a de prosseguir os estudos nesta universidade. Este é apontado como um dos casos mais paradigmáticos, visto ter prevalecido o princípio da secularidade sobre o direito à educação de uma estudante. Além disso, os argumentos utilizados nesta decisão são extremamente dúbios. Esta decisão não surpreende, depois do caso *Karaduman contra Turquia*, inaugural nesta matéria, respeitante a uma aluna de uma universidade pública da Turquia que não conseguia obter o certificado de licenciatura, em virtude de pretender figurar nele com o véu islâmico, facto rejeitado pela Universidade e igualmente validado pela Comissão de Direitos Humanos. Para mais desenvolvimentos, veja-se Rorive, 2009, pp. 2680-2685.

9.º do CEDH. Surpreendentemente, o Tribunal validou tais restrições, porquanto as mesmas cumpriam os desideratos dos Estados em preservar a natureza secular das instituições e o pluralismo nestas, os quais não eram consentâneos com o uso de símbolos conspícuos¹⁰⁴. Numa breve excursão, é curioso, porém, observar que no caso *Lautsi contra Itália* – a propósito da presença de crucifixos nas escolas públicas – o Tribunal, numa segunda decisão (conhecida como *Lautsi II*), concluiu que a visibilidade destes símbolos numa sala de aula não obstava ao respeito pelas convicções religiosas, uma vez que o mesmo tinha um papel fundamentalmente passivo.

Entrando agora no domínio laboral, ainda que com o Estado a figurar como entidade empregadora, o caso *Dahlab contra Suíça* prosseguiu o entendimento de que um símbolo religioso desafia o princípio da laicidade. Em causa estava uma docente primária que pretendia usar o véu islâmico numa escola pública¹⁰⁵. O TEDH entendeu, também aqui, que a restrição imposta pelo Estado Suíço era legítima, na medida em que visava assegurar o princípio de neutralidade educativa pública, intimamente ligado à laicidade do Estado. Ademais, prosseguiu com a argumentação de que o véu islâmico se mostrava incompatível com o princípio da igualdade, e seria também irreconciliável com a mensagem de tolerância, respeito pelos outros e com os princípios de igualdade e não discriminação que se pretendiam transmitir aos estudantes¹⁰⁶.

Um dos arestos mais emblemáticos para o nosso estudo, e que exprime perfeitamente a controvérsia em torno da temática, é, precisamente, o caso *Eweida e outros contra Reino Unido*¹⁰⁷. Embora o caso se reporte a quatro situações distintas, enfatizamos as que respeitam, particularmente, à utilização de símbolos religiosos. Neste contexto, a demandada que deu o nome à decisão ocupava a função de hospedeira de terra de uma companhia aérea, tendo sido suspensa em virtude de utilizar um crucifixo sobre o uniforme, recusando-se estoicamente a

¹⁰⁴ No caso *Dogru*, a inviabilidade do uso do véu foi fundamentada por motivos de higiene e segurança nas aulas de educação física. Causa-nos, contudo, perplexidade o facto de o Tribunal ter desconsiderado a alternativa oferecida pelas alunas de utilizar uma boina ou bandana. Uma opção que poderia perfeitamente caber no conceito de *acomodação razoável*. Ao invés, o TEDH foi complacente com estas restrições, coartando, novamente, a liberdade religiosa e o direito à educação, porquanto as demandadas tiveram de prosseguir os estudos ou noutros países, ou por correspondência.

¹⁰⁵ Importa ressaltar que, neste caso, nunca existiu qualquer dissidência entre a professora e os seus alunos ou os pais destes. Não obstante, o TEDH entendeu que era difícil avaliar o impacto que um símbolo como o véu islâmico pudesse ter sobre crianças de tenra idade (entre os 4 e 8 anos), avançando com o argumento de que o véu tem um efeito proselitista. Para Rorive, 2009, p. 2680, o que ressalta desta decisão é a evidente desconfiança que o Tribunal assumiu em relação ao véu islâmico.

¹⁰⁶ Aderimos aqui à posição de Martínez-Torrón, 2009, p. 92, quando afirma “que a laicidade entendida como neutralidade deveria impulsionar a que os estudantes pudessem ver na própria escola, as mesmas expressões de pluralismo religioso que encontram na sociedade suíça fora dos muros da escola”, até porque “a visibilidade do pluralismo religioso parece mais coerente com a posição de um Estado neutro, e talvez, também, mais educativa para os alunos, do que a ausência fictícia de crenças religiosas”. O mesmo autor afirma que “o Tribunal assumiu que a neutralidade na esfera pública é melhor salvaguardada quando a religião está ausente ou pelo menos ‘invisível’”, Martínez-Torrón, 2012, p. 345.

¹⁰⁷ Trata-se, em boa verdade, de quatro casos objeto de decisões jurisprudenciais no Reino Unido e que, posteriormente, se apresentaram perante o TEDH, cuja decisão foi conhecida a 15.01.2013. Para uma análise mais aprofundada do caso, veja-se Machado, 2013, pp. 675-688.

ocultá-lo. Por sua vez, a senhora Chaplin, que exercia a função de enfermeira, foi afetada a um outro posto de trabalho em virtude de rejeitar a retirada do seu colar com crucifixo.

No primeiro caso, da senhora Eweida, a limitação era fundamentada com o código de conduta em vigor na empresa, que regulava a indumentária dos seus colaboradores e que, num primeiro momento¹⁰⁸, apenas admitia que trabalhadoras islâmicas e professantes da religião *Sikh* utilizassem, respetivamente, o véu islâmico e o turbante. O Tribunal, na sua apreciação, considerou que, no caso em concreto, a imagem corporativa que o empregador queria transmitir não era perturbada pela utilização por parte de uma trabalhadora de um crucifixo, tendo aliás resultado desta decisão que o empregador teria de demonstrar que o uso desse símbolo representaria um dano grave na imagem da empresa¹⁰⁹.

Diríamos que o segundo caso em apreço teria um desfecho semelhante. Contudo, o entendimento do TEDH foi diametralmente oposto, na medida em que estavam em causa questões de saúde e segurança – não fosse a demandante enfermeira. Assim, o uso de tal crucifixo poderia causar riscos, na hipótese de penetrar ferimentos dos pacientes, ou a trabalhadora sofrer uma lesão no caso destes se grudarem ao fio que empenhava o crucifixo. Acompanhamos, neste caso, a apreciação feita por este órgão jurisdicional, posto que encontra fundamentação na previsão do n.º 2 do art. 9.º da Convenção.

A decisão em análise não resiste, porém, ao escrutínio doutrinal, sendo, por isso, apontadas algumas fragilidades, porquanto o Tribunal não logrou em delimitar critérios orientadores nesta matéria. Parece-nos, porém, que o caso protagonizado pela senhora Eweida obteve tal desfecho por se verificarem incoerências que fragilizaram a entidade empregadora¹¹⁰. Assim, este caso isolado assume-se como uma refração ao paradigma do Tribunal nestas matérias.

Num outro aresto mais recente, *Ebrahimian contra França*¹¹¹, foi admitida a não renovação de um contrato de trabalho por força da rejeição da demandante em retirar o véu islâmico no seu posto de trabalho como assistente social da ala psiquiátrica de um hospital em Paris. Assim, o princípio da *laïcité*¹¹², que serviu de fundamento à decisão dos tribunais franceses, prevaleceu sobre a liberdade religiosa da trabalhadora, a qual se encontrava adstrita

¹⁰⁸ Só posteriormente foi alterada a regulamentação por parte da empresa, tendo sido possível à demandante retomar o posto de trabalho. A decisão ficou, no entanto, a dever-se ao facto de a referida empresa se recusar a restituir os montantes devidos à trabalhadora no momento da suspensão.

¹⁰⁹ De notar, igualmente, que o TEDH considerou que, embora o crucifixo não constituísse uma imposição obrigatória para os cristãos, era igualmente válido, porquanto a vontade na sua utilização por parte da demandante era genuína.

¹¹⁰ Neste sentido, Machado, 2013, p. 687, afirma que o TEDH, ao circunscrever-se demasiado ao caso concreto, malogrou na criação de critérios que pudessem ser utilizados noutros casos relativos a políticas internas sobre indumentárias.

¹¹¹ *Ebrahimian c. França*. Este Acórdão retoma a linha que já havia sido iniciada em *Dahlab c. Suíça* e também em *Kurmaltus c. Turquia*, a respeito de uma professora universitária daquele país que se viu impedida de manifestar a sua confissão por via dos símbolos religiosos. Neste caso, o TEDH entendeu que o Estado não havia excedido a sua margem de apreciação, tendo em conta que a medida era legítima e necessária num Estado que se pretendia neutro e laico.

¹¹² Idêntico ao modelo de laicismo, referido no primeiro ponto deste estudo.

àquele serviço público há já mais de uma década. O TEDH validou tal decisão, considerando que o princípio de neutralidade do Estado impunha uma assepsia no modo como os funcionários públicos se apresentam no exercício das suas funções.

Da análise das decisões emanadas por este órgão jurisdicional é possível obter alguns critérios hermenêuticos. Em primeiro lugar, salienta-se a propugnação e conservação de estereótipos ao interpretar a simbologia religiosa, designadamente o véu islâmico, como sinónimo de fundamentalismo religioso, proselitismo “impróprio”¹¹³ e/ou discriminação contra as mulheres”^{114 115}.

De igual guisa, o Tribunal parece adotar uma postura de complacência na intolerância da liberdade religiosa, ao remeter a dificuldade das questões para a apreciação dos Estados. Esta deferência da margem de apreciação é predominante na larga maioria dos acórdãos, o que, na esteira de alguma doutrina, “pode explicar-se pelo facto de o TEDH não querer hostilizar os Estados e pretender assegurar que as suas decisões são respeitadas”, pese embora isso leve a que o TEDH aceite acriticamente as opções estaduais e exista uma “completa ausência de supervisão europeia”^{116 117}. Nas críticas mais assertivas reside a consideração de que os “frequentes comentários depreciativos sobre o Islão ajudam a explicar a escalada restritiva que alguns Governos europeus têm vindo a permitir-se nos últimos tempos”¹¹⁸.

Quanto ao conceito de neutralidade ou secularismo utilizado frequentemente pelo Tribunal, é visível a aproximação destes à noção francesa de *laïcité* – radicado numa atitude absolutamente separatista do Estado – e que leva à consideração de que “[a]lgumas decisões do Tribunal parecem estar a confundir a neutralidade religiosa do Estado entendida como a não ingerência ou tomada de decisões em assunto (...) com uma separação Estatal estrita”¹¹⁹.

¹¹³ Para um aprofundamento dos conceitos de proselitismo, veja-se Guerreiro, 2005, pp. 173-249.

¹¹⁴ Neste sentido, Rorive, 2009, pp. 2684-2585. A autora questiona se “Não estão os tribunais dotados de um raciocínio jurídico rigoroso para terem de confiar em imagens populistas, já profundamente enraizadas no debate políticos de muitos Estados europeus”.

¹¹⁵ Jerónimo, 2014, pp. 123-124. A autora tece duras críticas ao posicionamento do Tribunal, arguindo que estas restrições “constituem manifestações eloquentes do sentimento de hostilidade que existe na Europa contra os muçulmanos (...) que tem vindo a crescer e a banalizar-se nas últimas décadas, sob o olhar aparentemente indiferente do TEDH”, cfr. p. 130.

¹¹⁶ Mestre, 2018, p. 20, sublinha que a orientação do TEDH se tem bifurcado em três eixos: *universalidade*, *diversidade* e *a fuga para a margem de apreciação*.

¹¹⁷ Jerónimo, 2014, p. 120. Para Campos, 2014, pp. 231-233, esta doutrina da margem de apreciação configura um caminho alternativo à aferição do teste de proporcionalidade, que impõe que se verifique que a medida estatal é absolutamente necessária para o fim prosseguido, ou se, porventura, outras medidas são igualmente aptas a cumprir tal reduto. Apurados estes dois primeiros critérios, verifica-se a existência de uma justa ponderação entre as vantagens e desvantagens de tais medidas. Ultrapassado este escrutínio, determinando-se se existe, ou não, conformidade com os preceitos da Convenção. Destarte, na opinião do autor, este método será o mais apto a permitir um pluralismo nos países europeus de relacionamento entre Estado e religião. Para um aprofundamento sobre esta questão, Botelho, 2011, pp. 341-376.

¹¹⁸ Jerónimo, 2014, pp. 85-130. Lopes, 2011, p. 74 acrescenta que esta deferência está também relacionada com o facto de o Tribunal entender que são os Estados-Membros as entidades mais aptas a fazer estes juízos de proporcionalidade.

¹¹⁹ Martínez-Torrón, 2012, pp. 336-337.

“Em todos eles há uma compreensão latente da neutralidade do Estado de ‘aspepsia’ religiosa, incompatível por definição com a presença do simbolismo religioso”¹²⁰.

Parece, aliás, paradoxal que a neutralidade do Estado, percecionada como um meio eficaz de proteção desta liberdade, possa servir de argumento para justificar tantas restrições ao exercício da liberdade religiosa, “alegada e surpreendentemente no interesse da paz e da tolerância”¹²¹.

Por todo o exposto, perfilhamos a opinião de que este tipo de decisões enfraquece os princípios gerais que concebem a liberdade religiosa como um dos fundamentos de uma sociedade democrática, como já havia sido referido por este Tribunal. O que se torna por demais evidente quando este órgão enfatiza, essencialmente, a necessidade das restrições, ao invés de oferecer critérios pautadores de controlo à existência das mesmas.

4.1.2. O TJ

Pela primeira vez, o TJ foi chamado a pronunciar-se sobre a discriminação em razão da religião, à luz do preceituado na Diretiva 2000/78/CE, através dos Acórdãos *Samira Achbita* e *Asma Bougnaoui*¹²². Pese embora a similaridade entre os processos e a forma como o TJUE conduziu os mesmos, existem profundas divergências no que respeita às questões prejudiciais submetidas e ao desfecho dos casos¹²³.

Os arestos respeitam a duas trabalhadoras que pretendiam utilizar o véu islâmico¹²⁴ no seu local de trabalho e que se viram confrontadas com o despedimento como reação à recusa por parte da entidade empregadora. No primeiro cenário – *Achbita* –, estava em causa uma trabalhadora que ocupava a função de rececionista numa empresa situada na Bélgica e que se viu impedida de utilizar o véu islâmico no decurso da relação laboral, por força de uma política de neutralidade da empresa¹²⁵, que só em momento posterior veio a assumir a forma de regulamento interno da entidade¹²⁶. Depois de esgotadas as primeiras instâncias, o Supremo Tribunal Belga remeteu a questão prejudicial ao TJ, de modo a aferir se o despedimento da trabalhadora, motivado pela sua recusa em retirar o véu islâmico, existindo um regulamento interno que proibia, indistintamente, a todos os trabalhadores a exibição de quaisquer símbolos religiosos, cabia na aceção da *discriminação direta*. O TJ retorquiu negativamente à

¹²⁰ Martínez-Torrón, 2012, p. 347.

¹²¹ Martínez-Torrón, 2012, p. 342.

¹²² Note-se, porém, que o TJ já havia sido chamado a pronunciar-se num caso que continha com a liberdade religiosa, embora respeitante à organização de descanso semanal, como bem nota Machado, 2011, p. 7.

¹²³ Machado, 2017, pp. 130-139, para quem as considerações das Advogadas-Gerais do caso ilustram perfeitamente estas alteridades.

¹²⁴ Optámos por esta designação, apesar de o TJ ter optado pelo conceito de *headscarf*.

¹²⁵ Meramente verbal.

¹²⁶ Para Rorive, 2009, p. 2693, um regulamento interno que imponha um código de vestuário e, conseqüentemente, proíba a utilização de símbolos religiosos integra-se no quadro de discriminação indireta se não for justificada por uma fundamentação adequada como o seria a saúde e segurança em determinadas profissões, pelo que questiona se a discriminação indireta poderia ser justificada sendo a acomodação razoável concebível.

questão submetida, tendo, contudo, sobrepujado na sua resposta, na medida em que indagou sobre a eventual existência de discriminação *indireta*, como veremos *infra*.

Por seu turno, no caso da senhora *Bouagnaoui*, engenheira, numa empresa de serviços informáticos, o fundamento subjacente ao impedimento da utilização do véu islâmico ficou a dever-se à recusa por parte desta em anuir à exigência da entidade empregadora de adotar uma indumentária neutra, quando em reuniões com clientes. Facto que atingiu proporções consideráveis, após a advertência de um cliente nesse sentido. Nesta hipótese, o caso chegou ao *Cour de Cassation* francês, que questionou o TJ se as preferências dos clientes em não lidar com trabalhadores que ostentassem símbolos religiosos caberia no conceito de “requisito ocupacional genuíno”, nos termos do n.º 1 do art. 4.º da Diretiva – um dos fundamentos que afasta a discriminação direta, como atentámos *supra*. O TJ rejeitou esta interpretação, tendo fornecido alguns critérios de exegese, designadamente o facto de a sua formulação não contemplar considerações subjetivas, como o são os desejos de um cliente, devendo, por isso, a interpretação ser feita objetivamente em razão da prestação laboral, mormente da atividade exercida¹²⁷.

Na confluência dos processos encontramos o facto de os Tribunais nacionais, ao remeterem as respetivas questões prejudiciais, terem reconduzido as mesmas à noção de discriminação direta. Declinando esta possibilidade, o TJ, na sua fundamentação, acolheu não só os argumentos das duas advogadas-gerais que foram chamadas a pronunciar-se e cujas argumentações revestem pertinência para a análise dos casos, como integrou a jurisprudência produzida pelo TEDH que utiliza “*um padrão interpretativo*”¹²⁸ nos preceitos consagrados na CDFUE¹²⁹ e nas Diretivas, revestindo, por isso, particular importância a leitura sincronizada desta jurisprudência com a demais por nós mencionada *supra*.

Atentando, novamente, no enquadramento das proibições à luz da *discriminação indireta*, o TJ, de um modo mais direto no caso da Sr.ª *Achbita* e mais subtil na segunda hipótese, equacionou a possibilidade de se estar perante esta modalidade discriminatória, acolhendo, por isso, o teste da proporcionalidade¹³⁰, tantas vezes utilizado pelo TEDH¹³¹. Não obstante, o Tribunal frustrou as expectativas, ao reconhecer que uma política de

¹²⁷ A propósito do critério objetivo, como referido pela advogada geral *Sharpston* neste caso, não haveria nada que indicasse que a utilização do véu contendesse com a execução das funções a que estava adstrita. Já no que concerne ao critério subjetivo, sufragando o entendimento de Gomes, 2007, p. 309, “a maneira de classificar os empregos em função da expectativa dos clientes sobre a aparência (...) faz prevalecer as leis económicas da concorrência sobre a igual dignidade das pessoas”, pelo que o Tribunal logrou nesta sede.

¹²⁸ Veja-se Mestre, 2018, pp. 15-21, para mais desenvolvimentos sobre a integração da jurisprudência do TEDH pelo TJUE. A propósito da sistematização dos órgãos jurisdicionais europeus, veja-se Botelho, 2012, pp. 119-148.

¹²⁹ Em especial o art. 10, n.º 1 deste diploma, que, segundo este órgão, deverá ter o mesmo âmbito e conteúdo do art. 9.º da CEDH.

¹³⁰ Na ótica de Mestre, 2018, p. 24, “o enquadramento do TJUE constitui uma manobra consideravelmente inteligente e juridicamente hábil de lidar com a questão, ao remeter a solução para o teste da proporcionalidade e, dessa forma, acolher a Jurisprudência do TEDH sobre a matéria e respeitar a variedade dos Tribunais nacionais”.

¹³¹ Vickers, 2017: o autor compara estes arestos com o caso *Eweida* e entende que a aproximação do tratamento das questões entre ambos os Tribunais tem a vantagem de dotar os mesmos de mais coerência.

neutralidade¹³² prosseguia um objetivo legítimo, tendo propugnado a ideia de que quem ocupa papéis de contacto com o público estará mais suscetível de ser coartado no exercício da liberdade religiosa¹³³. Com esta decisão, o Tribunal posicionou-se a meio termo entre os argumentos das advogadas-gerais, tendo devolvido as questões mais complexas para os Estados, adotando, uma vez mais, o eixo da margem de apreciação.

A notoriedade despoletada por estes arestos não foi imune a críticas¹³⁴, tendo, de facto, este órgão ficado aquém da resposta há muito expectável, na medida em que malogrou na oportunidade de estabelecer critérios rigorosos na proteção da liberdade religiosa dos trabalhadores¹³⁵.

4.1.3. O Tribunal Constitucional

Transpondo a questão para o nosso ordenamento jurídico, vemos que é praticamente inexistente a jurisprudência portuguesa nestas matérias. Não obstante, julgamos de particular interesse referir o entendimento deste Tribunal, pela virtualidade que as decisões emanadas por este nos trazem.

De um modo lacónico, os casos analisados¹³⁶ diziam respeito a duas trabalhadoras professoras da Igreja Adventista do Sétimo Dia – uma magistrada do Ministério Público e uma operária fabril, representando assim quer o setor público, quer o privado – que, de entre as várias prescrições, impõe um período de descanso, adoração e ministério que se contabiliza desde o pôr-do-sol de sexta-feira ao pôr-do-sol de sábado¹³⁷. Com efeito, o facto de ambas trabalharem em regime de trabalho por turnos levou a que as instâncias judiciais anteriores entendessem que as mesmas não teriam direito a observar estes períodos de culto, uma vez que este regime era incompatível com a noção de *horário flexível* – um dos requisitos que a LLR impõe para que opere a dispensa do trabalho por fundamentos religiosos¹³⁸. O Tribunal Constitucional foi chamado a pronunciar-se pela inconstitucionalidade dos requisitos impostos pelo artigo da LLR. Porém, o TC considerou que a inconstitucionalidade não se devia ao diploma legislativo, mas à interpretação que estaria a ser feita do mesmo.

Destas decisões, acentuamos o distanciamento que este Tribunal tomou em relação à argumentação utilizada pelo TEDH – de que a liberdade religiosa sempre estaria assegurada pela possibilidade de o trabalhador se despedir¹³⁹ – e o bom uso que fez dos mecanismos

¹³² No entanto, estas políticas de neutralidade, não raras vezes, podem camuflar situações de discriminação indireta, como bem nota Machado, 2017, p. 139, como nos parece ser a hipótese em apreço, em que a norma apenas foi redigida perante a insistência da trabalhadora em utilizar o véu.

¹³³ Vickers, 2017; *vide*, igualmente, a propósito dos conceitos de *front-office* e *back-office*, Machado, 2017, pp. 139-142.

¹³⁴ A título de exemplo, o artigo do *The New York Times*, com o título *Legalizing discrimination in Europe*.

¹³⁵ Em igual sentido, Vickers, 2017 e Machado, 2017, p. 146.

¹³⁶ Disponibilizados na lista final.

¹³⁷ O *Sabbath*.

¹³⁸ Art. 14.º da LLR.

¹³⁹ *Konttinen c. Finlândia*, muito similar aos casos em apreço.

existentes, como o é o dever de acomodação, ao sugerir que cabia ao empregador a procura de “soluções gestionárias de organização laboral que acautelem o exercício (...) do direito à liberdade religiosa”^{140 141}.

Embora as questões colocadas não contendam estritamente com a utilização de símbolos religiosos, estes acórdãos são dignos de júbilo para a questão da liberdade religiosa no espectro laboral. Este entendimento progressista, absolutamente dissidente da larga maioria das decisões anteriormente referidas, traz a expectativa de uma nova linha dogmática.

5. Contextualização socioespacial

Lucubrando as inúmeras decisões, cremos por pertinente a ilustração, mesmo que exígua, da multiplicidade de soluções tão ou mais enviesadas pelo lugar em sejam suscitadas, sobretudo após a perceção, fruto da nossa análise jurisprudencial, da devolução que as questões observam para os lugares em que tais quesitos são despoletados, em consideração à sua vivência histórico-cultural.

Neste breve excurso, é possível encontrar então duas grandes fações de análise, a nível europeu – França e Alemanha –, e uma visão transatlântica, os Estados Unidos e o Canadá, vigorosos pioneiros no tratamento das questões de discriminação.

5.1. A dicotomia europeia

A nível europeu, como tivemos oportunidade de referir, encontramos duas fações distintas que se diferenciam na abordagem com que encaram a liberdade religiosa.

Em França, por exemplo, de forma a respeitar o já referido princípio da *laïcité*, as decisões jurisprudenciais têm resultado em cabais afrontas à liberdade religiosa do trabalhador, que cede sempre em prol da liberdade de iniciativa económica¹⁴². Neste país, foi já legitimada pelo Tribunal a proibição de uma trabalhadora, num estabelecimento comercial, do uso do véu muçulmano pelo facto de a mesma estar em permanente contacto com o público¹⁴³, com o fundamento de que se impunha uma neutralidade nas suas convicções. Não podemos arrogar-nos de surpreendimento quando confrontados com decisões anteriores que definiram o traço de orientação destas questões, porquanto já havia sido legitimado o despedimento de uma trabalhadora que vendia artigos de moda femininos e utilizava uma indumentária que a cobria da cabeça aos pés, como forma de observar as prescrições religiosas da fé islâmica. Para nosso pasmo fica apenas a fundamentação do tribunal em validar tal

¹⁴⁰ Extraído do Ac. 544/2014.

¹⁴¹ Para uma visão mais aprofundada, Machado, 2017, pp. 687-692.

¹⁴² Segundo Jerónimo, 2014, p. 15, “[a] expectativa social dominante entre os franceses é a de que o secularismo sirva para tornar ilegítima afirmação pública da pertença a uma religião”, o que justifica com o que facto de neste país ter sido aprovada a Lei n.º 2004-228, relativa à manifestação de símbolos religiosos nas escolas públicas e universidades.

¹⁴³ Caso relatado por Gomes, 2001, p. 156.

despedimento pelo facto de a indumentária não corresponder às tendências de moda e às expectativas de uma clientela ávida de novas tendências. Um outro caso, bastante mediático, eternizado como o “Baby Loup”¹⁴⁴, diz respeito a uma trabalhadora – que ocupava cargo de direção – de um jardim de infância privado onde vigorava um regulamento interno que inibia a exibição de símbolos religiosos em ordem a manter uma política de neutralidade. Ignorando tal política, a trabalhadora utilizou o véu islâmico, tendo sido despedida por esse facto. Num primeiro momento, a *Cour de Cassation* pronunciou-se pela invalidade do despedimento, considerando a existência de discriminação. Contudo, em novo julgamento, este órgão decidiu contrariamente ao primeiro resultado, tendo afirmado que a legislação francesa permitia que as convicções religiosas fossem coartadas se justificadas e proporcionais. Critérios estes que se encontravam, afinal, preenchidos pelo escopo do regulamento.

Por seu turno, a Alemanha demonstra uma recetividade muito maior em matéria de liberdade religiosa. Num caso da jurisprudência alemã, e da decisão emitida pelo BGH, foi considerado ilícito o despedimento de uma vendedora numa perfumaria que decidiu, já no decurso do seu contrato, passar a envergar o véu islâmico, porquanto a utilização deste símbolo não afetava a execução do contrato, pois o véu não impedia a mesma de se relacionar com os clientes¹⁴⁵. O Tribunal entendeu que, mesmo que a indumentária pudesse ser limitada numa tentativa de homogeneizar a imagem da empresa, tal não poderia suceder quando o que estava em causa era não apenas a liberdade de imagem, mas sim a manifestação da liberdade religiosa¹⁴⁶. Com esta decisão, o Tribunal alemão avançou com critérios que servem de base para a ponderação sempre que estejam em causa os conflitos de interesses dos direitos das figuras da relação contratual. Assim sendo, quando houver este confronto, haverá que ponderar “i) a intensidade da limitação em causa do direito; ii) até que ponto é que o contrato entre as partes limita a liberdade constitucionalmente garantida; iii) a posição hierárquica, a importância, do escopo visado pela limitação; iv) o sentido específico e o conteúdo especial do direito constitucional relativamente ao conflito de interesses”¹⁴⁷. Entende-se, portanto, nesta sede que a imposição de códigos de vestuário, ainda que legítima, não pode obstar à liberdade religiosa de um trabalhador, a qual se encontra num plano de superioridade.

Num outro caso mais recente, duas professoras de uma escola pública violaram a lei de um dos estados alemães que vedava a utilização de símbolos religiosos em ordem a garantir a neutralidade, ao se apresentarem nas aulas envergando o véu islâmico. O Tribunal Constitucional¹⁴⁸ utilizou, no seu crivo, o teste da proporcionalidade e, apesar da consideração de que tais objetivos eram justificáveis, observou que a simples abstração do perigo não era

¹⁴⁴ Mestre, 2018, p. 11.

¹⁴⁵ Caso relatado por Gomes, 2001, p. 158.

¹⁴⁶ Como sublinha Gomes, 2001, p. 158, “O Tribunal alemão considerou pois que o lenço islâmico é mais do que uma mera peça de vestuário, é um símbolo de uma convicção religiosa particular”.

¹⁴⁷ Machado, 2012, p. 110.

¹⁴⁸ Caso relatado por Mestre, 2018, pp. 12 e ss.

condição suficiente para tal proibição, quando estava em causa uma prescrição religiosa obrigatória. Destarte, seria necessário que se provasse que houve realmente um perigo concreto, como o seria uma atitude proselitista por parte das docentes. Neste aresto, o Tribunal demarcou que o princípio da neutralidade não significava que os alunos não pudessem ser confrontados com as demais mundividades, porquanto este princípio não supõe que dentro da escola não possa ser visível o pluralismo paradigmático de uma sociedade¹⁴⁹.

Em jeito de epílogo, os acórdãos que justamente enunciámos são o espelho de duas visões que demarcam a dissidência de abordagens, ora de carácter mais restritivo, como é o caso francês, ora mais pluralista, como ficou evidenciado pelas decisões emanadas pelos tribunais alemães.

5.2. Estados Unidos e Canadá

Chamando, ora, à colação os Estados Unidos da América¹⁵⁰ e, sobretudo, o Canadá¹⁵¹, existe uma lucidez para a resolução do problema, havendo uma consciencialização para a imposição de um dever de adaptação. Foi no seio destes ordenamentos jurídicos que surgiram as formulações de *reasonable accomodation*¹⁵², que serviu de inspiração ao conceito já mencionado de adaptação razoável¹⁵³, bem como o *undue hardship*, que se traduz na noção de encargo desproporcionado para o empregador.

Curiosamente, nos Estados Unidos da América, onde é indiscutível o enorme pluralismo religioso, optou-se por reconhecer a liberdade religiosa dos cidadãos no seio da relação laboral, desde que tal não implique um sacrifício significativo para o promotor da relação laboral, o que acontece mesmo na hipótese de determinada situação se reconduzir à configuração de discriminação *direta*¹⁵⁴. Uma posição, curiosamente, diversa da que tem vindo a ser tomada pela Europa.

¹⁴⁹ Uma decisão totalmente antagónica ao caso suprarreferido, *Dahlab c. Suíça*.

¹⁵⁰ Para um aprofundamento desta matéria, Mercat-Bruns, 2016, pp. 117-121.

¹⁵¹ Veja-se, a título de exemplo, o caso *O'Malley*, respeitante a um trabalhador que se converteu à Igreja Adventista do Sétimo Dia e, como tal, pretendia deixar de laborar no período correspondente ao *Sabbath*. A entidade empregadora, na tentativa de adaptar o posto de trabalho, limitou-se a conceder-lhe a possibilidade de trabalhar em regime parcial. O Supremo Tribunal julgou que o esforço demonstrado pelo empregador não se afigurava suficiente para respeitar a liberdade religiosa do trabalhador, o que evidencia a exigência do dever de adaptação que recai sobre os empregadores.

¹⁵² *Acomodação razoável*.

¹⁵³ Pese embora, no seio da CE, este esteja apenas perspectivado para as situações de deficiência.

¹⁵⁴ Ilustrando esta heterotecnia, Mestre, 2018, pp. 23-24, refere o Caso *EEOC c. Abercrombie & Fitch Stores*, no qual o Tribunal Supremo norte-americano tomou uma posição dissidente da europeia, quando em causa estava uma incompatibilidade entre o uso do véu islâmico e um regulamento de vestuário, proibindo a exibição de quaisquer acessórios. O *Supreme Court* enquadrou a situação no domínio da discriminação direta, o que se justifica tendo em conta que a *reasonable accommodation* existe mesmo nas hipóteses de discriminação direta, não se distinguindo para este efeito.

6. Dever de acomodação?

Em face da análise ao modo como se encontra tutelada a liberdade religiosa e das decisões jurisprudenciais proferidas concretamente no seio europeu por nós relatadas, é sintomática a inexistência, salvo raras exceções, de qualquer ónus de adaptação por parte da entidade empregadora. Parece, pelo contrário, bastar que o empregador sustente a limitação da liberdade religiosa enquadrando-a num objetivo legítimo ou numa justificação plausível para suplantar o teste da proporcionalidade –, o que, à luz dos conceitos indeterminados fornecidos, parece contemplar um infindável leque de hipóteses.

Parece-nos, contudo, haver razoabilidade para impor este ónus, desde que, e adotando a posição americana, isso não acarrete um encargo desproporcionado para o empregador. Um conceito indeterminado¹⁵⁵, que carece de preenchimento – o que pode ser oneroso para uma empresa de pequena dimensão, pode não o ser numa empresa com uma grande dimensão. Não obstante, mesmo tendo em consideração a dimensão da empresa, haverá naturalmente que considerar a sua situação económica¹⁵⁶. Dito de outro modo, terão de ser atendidos vários fatores, sempre pautados por critérios de boa-fé, razoabilidade e proporcionalidade¹⁵⁷. A hipótese não reveste novidade, na medida em que o dever de adaptação vem sendo, paulatinamente, imposto ao empregador ao longo da história laboral. Veja-se, nomeadamente, as preocupações ao nível de saúde e segurança que justificaram mutações estruturantes a nível laboral, preocupações ao nível do emprego jovem, que exigem condições particulares, ou ainda as proteções conferidas às trabalhadoras grávidas¹⁵⁸.

No entanto, perante o quadro normativo que temos vindo a referir, afigura-se ambicioso sugerir que recaia verdadeiramente um dever sobre o empregador de garantir ao trabalhador meios que lhe permitam efetivar a sua liberdade religiosa¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Neste sentido, Gomes, 2001, p. 152, ilustra várias situações em que a dimensão de uma empresa poderá levar a resultados diferentes de proteção da liberdade religiosa, ainda que, como se pode perceber, haja uma panóplia de alternativas a que sempre se poderá atender.

¹⁵⁶ Machado, 2012, p. 120.

¹⁵⁷ Machado, 2012, p. 122.

¹⁵⁸ Waddington & Hendriks, 2002, pp. 416-419 entendem que o requisito da acomodação razoável plasmado na Diretiva pode ser encarado como um aditamento relativamente a um conjunto de medidas já existentes que se destinam a garantir a igualdade de oportunidades, através da realização de adaptações ao padrão laboral, para grupos específicos. Em igual sentido, Machado, 2012, p. 109.

¹⁵⁹ Na ótica de Machado, 2014, pp. 491-508, uma das maiores dificuldades é, malogradamente, assegurar a eficácia externa da liberdade religiosa, em sede de harmonização de direitos em conflito. No mesmo sentido, Machado, 2010, p. 8.

Considerações finais

Ao longo do presente estudo tivemos oportunidade de perceber os pontos de confronto que a liberdade religiosa encontra, do mesmo modo que pudemos observar o modo como ela se encontra tutelada. Constatámos que a liberdade religiosa e, em concreto, a utilização de símbolos religiosos retomaram os velhos debates sobre o espaço da religião na sociedade, o posicionamento dos Estados em relação às Igrejas, e a viabilidade dos princípios do secularismo. Concluimos que não existe, de facto, um arquétipo ideal para o pluralismo religioso e que o problema reside não na utilização de qualquer simbologia religiosa, mas no modo como esta vem sendo estigmatizada, ficando a dever-se, muitas vezes, à recrudescente *islamofobia*.

No espectro laboral, e pese embora toda a tutela conferida nesta matéria, o trabalhador vê, recorrentemente, a sua liberdade religiosa confinada à esfera íntima, não se preservando assim a sua autonomia. Pelo exposto ao longo deste estudo, entendemos que as obrigações contratuais não se afiguram como meios de resolução eficazes para o conflito de direitos. Do mesmo modo, não julgamos que impor uma assepsia no uso de símbolos religiosos possa ser a solução, propugnando, ao invés, pelo recurso a critérios de razoabilidade e proporcionalidade, posto que o recurso a estes princípios e a aquiescência de cedências mútuas se tornam mecanismos de prevenção de conflito mais eficazes.

Reconhecemos o enfraquecimento da liberdade religiosa em virtude da linha jurisprudencial enformada que, além de optar por devolver a análise complexa para os Estados, usando o mecanismo da margem de apreciação, tem, malogradamente, conservado estereótipos e assumido uma postura paternalista que nos parece desconcertante. O TJ, estreante na pronúncia destas matérias, ficou também aquém das expectativas, o que nos surpreende, tendo em conta os mecanismos que este órgão tinha à sua disposição. Por seu turno, o TC evidencia uma visão vanguardista que destoa do panorama jurisprudencial, ao admitir que o empregador tenha de procurar soluções gestionárias para acomodar a religião do trabalhador.

É esta linha de solução que merece o nosso foco, sobretudo quando analisados os exemplos alemão, norte-americano e canadense, que tutelam, de facto, a liberdade religiosa, impondo sobre o empregador o ónus de adaptar razoavelmente o posto de trabalho. Um mecanismo que encontra já previsão, mormente, na Diretiva 2000/78/CE, e que deve ser aplicado extensivamente, tornando-se mais flexível e apto a prevenir o efeito discriminatório.

Não ousámos a destreza de apresentar uma resposta unívoca, nem isso seria possível, especialmente num tema tão sensível. Apenas nos propusemos a apresentar critérios que imponham uma refração ao paradigma atual, por ora, intolerante.

Bibliografia

ADRAGÃO, P. P. (2010). Crucifixos e minaretes: A religião no espaço público. A garantia da liberdade religiosa e a prevenção dos conflitos religiosos. *Revista Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano VII (especial), pp. 463-473. Coimbra: Coimbra Editora.

ADRAGÃO, P. P. (2014). *Atas do I Colóquio Luso-Italiano sobre a Liberdade Religiosa*, Coimbra: Almedina.

AMADO, J. L. (2016). *Contrato de trabalho*. Coimbra: Almedina.

ASCENSÃO, J. O. (2008). “A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos”. *Revista da Faculdade da Universidade de São Paulo*, n.º 103, pp. 277-299, retirado de <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67806/70414>>.

BOTELHO, C. S. (2011). Quo vadis “doutrina da margem nacional de apreciação”? – O amparo internacional dos direitos do homem face à universalização da justiça constitucional. In *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luis Alberto Carvalho Fernandes*, vol. I, pp. 341- 376. Porto: Universidade Católica Editora.

BOTELHO, C. S. (2012). O Tribunal de Justiça da União Europeia e os tribunais constitucionais nacionais: Perigo de um “triângulo das Bermudas”? A complexa interação multinível entre as instâncias jurisdicionais de proteção dos direitos fundamentais. In *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier*, vol. III, pp. 119-148. Coimbra: Almedina.

CAMPOS, J. (2002). A problemática da igualdade e da não-discriminação no trabalho. In Moreira, A. (coord.), *IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho*, pp. 270-277. Coimbra: Almedina.

CAMPOS, M. F. (2014). Da intolerância com as crenças minoritárias à intolerância com as crenças maioritárias: A propósito dos acórdãos do TEDH no caso Lautsi. In ADRAGÃO, P. P. (coord.), *Atas do I Colóquio Luso-Italiano sobre a Liberdade Religiosa*, pp. 223-233. Coimbra: Almedina.

CANOTILHO, J. J. G. (2007). A liberdade religiosa entre o juspositivismo constitucional e a judicialização dos conflitos religiosos. In *20 Anos de Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. II, pp. 779-788. Coimbra: Coimbra Editora.

COSTA, I. G. (2016). *O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e os símbolos religiosos – O uso do véu muçulmano na Europa do século XXI*. Dissertação de Mestrado. Porto: Universidade Católica Portuguesa.

DRAY, G. (2015). *O princípio da proteção do trabalhador*. Coimbra: Almedina.

DUARTE, R. A. (2005). A liberdade religiosa e o Código do Trabalho. *Minerva, Revista de Estudos Laborais*, Ano IV, n.º 7, pp. 111-139.

FERNANDES, A. M. (2017). *Direito do trabalho*, 18.ª Edição. Coimbra: Almedina.

FOBLETS, M.-C. e ALIDADI, K. (2013). *Summary Report on the RELIGARE Project*, retirado de <<https://cordis.europa.eu/docs/results/244635/final1-religare-final-publishable-report-nov-2013-word-version.pdf>>.

GOMES, J. (2001). Algumas primeiras reflexões sobre a liberdade religiosa do trabalhador subordinado. In MOREIRA, A. (coord.), *VIII Congresso Nacional de Direito do Trabalho*, pp. 147 a 167. Coimbra: Almedina.

GOMES, J. (2007). *Direito do trabalho, Volume I – Relações individuais de trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora.

GONZÁLEZ-CASTRO, G. G. (2016), Libertad religiosa y contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Una propuesta armonizadora. *Lex Social – Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 6, n.º 1, pp. 326-352.

GOUVEIA, J. B. (1993). A proteção dos dados informatizados e o fenómeno religioso em Portugal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXXIV, pp. 183- 238.

GUERREIRO, S. (2005). *As fronteiras da tolerância*. Coimbra: Almedina.

GUERREIRO, S. (2005a). Símbolos de Deus: Expressão de liberdade ou imposição do divino? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLVI, n.º 2, pp. 1091-1111.

JERÓNIMO, P. (2010). Símbolos e símbolos – O véu islâmico e o crucifixo na jurisprudência recente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Scientia Iurídica: Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, n.º 59, Tomo LIX (323), pp. 497-523, retirado de <<http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/22926>>.

JERÓNIMO, P. (2014). Intolerância religiosa e minorias islâmicas na Europa: A censura do “Islão visível” – os minaretes e o véu – e a jurisprudência conivente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. In ADRAGÃO, P. P. (coord.), *Atas do I Colóquio Luso-Italiano sobre a Liberdade Religiosa*, pp. 85-130. Coimbra: Almedina.

JERÓNIMO, P. (2016). *Intolerância, religião e liberdades individuais*. Retirado de <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/40594/1/JERONIMO_Patricia_Intolerancia%2C_Religio_e_Liberdades_Individuais_CONSOLIDADO.pdf>.

LEITÃO, L. M. (2016). *Direito do trabalho*, 5.ª Edição. Coimbra: Almedina.

LOPES, D. (2011). A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem vista à luz do princípio da não discriminação. *Julgar Online*, n.º 14, pp. 47-75, retirado de <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/03-JULGAR-Dulce-Lopes-Igualdade-e-não-discriminação-na-CE.pdf>>.

LOPES, S. K. (2014). *Direitos de personalidade do trabalhador à luz do Código do Trabalho*. Coleção Formação Inicial: Direitos Fundamentais e de Personalidade do Trabalhador, Centro de Estudos Judiciários, pp. 17-43.

LOUREIRO, F. (2016). *A liberdade religiosa do trabalhador à luz da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Dissertação de Mestrado. Leiria: Instituto Politécnico de Leiria.

MACHADO, J. (2010). Liberdade e igualdade religiosa no local de trabalho – Breves apontamentos. In MACHADO, J. [et al.] (coord.). *II Seminário Internacional sobre Políticas Públicas, Proteção ao Trabalhador e Direito Antidiscriminatório*. Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4.ª Região, n.º 3, pp. 7-19. Porto Alegre: HS Editora.

MACHADO, S. S. (2011). A relevância da liberdade de religião nas relações laborais: Contributos para a sua compreensão à luz do direito da União Europeia. The relevance of religious freedom at work. *International Journal on Working Conditions (RICOT Journal)*, nº 2, pp. 2-17. Porto: IS-FLUB.

MACHADO, S. S. (2012). Reflexões iniciais sobre a liberdade religiosa e contrato de trabalho. *Questões Laborais*, n.º 39, pp. 79-126. Coimbra: Coimbra Editora.

MACHADO, S. S. (2013). Quando fé e trabalho não se compatibilizam: comentário ao Acórdão Eweida e outros v. Reino Unido do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Vinte anos de Questões Laborais. Questões Laborais*, número especial n.º 42, pp. 675-688. Coimbra: Coimbra Editora.

MACHADO, S. S. (2014). Trabalhar, orar e comer: Observações sobre as exigências religiosas em matéria de alimentação no local de trabalho. *Para Jorge Leite – Escritos jurídico-laborais*, vol. I, pp. 491-508. Coimbra: Coimbra Editora.

MACHADO, S. S. (2017). Liberdade religiosa e contrato de trabalho: Breve roteiro por uma amostra jurisprudencial. In AA.VV. *Estudos do direito do trabalho em homenagem ao Professor Monteiro Fernandes – Parte II*, pp. 675-696. Nova Causa.

MACHADO, S. S. (2017a). O cliente tem sempre razão? *Prontuário do Direito do Trabalho I*, pp. 127-147.

MARQUES, R. e MARQUES, P. (2016). O multiculturalismo religioso – Uma breve aproximação ao direito constitucional e internacional, *Julgar Online*, retirado de <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/04/O-Multiculturalismo-Religioso-Uma-Breve-Aproximação-ao-Direito-Constitucional-e-Internacional-V.-29-03-2016.pdf>>.

MARTINEZ, P. R. (2017). *Direito do trabalho*, 8.ª Edição. Coimbra: Almedina.

MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2012). Freedom of religion in the European Convention on Human Rights under the influence of different European traditions. Universal rights in a world of diversity. The case of religious freedom. Pontifical Academy of Social Sciences, Acta 17, pp. 329-355, retirado de <<http://www.pass.va/content/dam/scienze/sociali/pdf/acta17/acta17-martineztorron.pdf>>.

MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (s.d.). La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo, pp. 87-109, retirado de http://www.deltapublicaciones.com/derechoyreligion/gestor/archivos/07_10_41_980.pdf.

MERCAT-BRUNS, M. (2016). La Cour Suprême Américaine face au Code Vestimentaire de l'Entreprise. *Revue de Droit Du Travail*, n.º 2, pp. 117-121.

MESTRE, B. (2018). A jurisprudência recente do TJUE e do TEDH sobre a exibição de símbolos religiosos no local de trabalho: Uma leitura à luz do pensamento de Jürgen Habermas. *Julgar Online*, retirado de <<http://julgar.pt/a-jurisprudencia-recente-do-tjue-e-do-tedh-sobre-a-exibicao-de-simbolos-religiosos-no-local-de-trabalho-uma-leitura-a-luz-do-pensamento-de-jurgen-habermas/>>.

MIRANDA, J. (1986). Liberdade religiosa, igrejas e Estado em Portugal. *Nação e Defesa*, Ano XI, n.º 39, Lisboa, pp 118-136.

MIRANDA, J. e MEDEIROS, R. (2010). *Constituição Portuguesa anotada*, Tomo I, 2.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

MOREIRA, V. e GOMES, C. M. (2014). *Compreender os direitos humanos: Manual de educação para os direitos humanos*. Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora.

QUINTAS, P. (2013). *Os direitos de personalidade consagrados no Código do Trabalho na perspetiva exclusiva do trabalhador subordinado – Direitos (desfigurados)*. Coimbra: Almedina.

RORIVE, I. (2009). Religious symbols in the public space: In search of a European answer. *Cardozo Law Review*, vol. 30, issue 6, pp. 2669-2698.

SAVATIER, J. (2004). Conditions de licéité d'un licenciement pour port du voile islamique. *Droit Social*, n.º 4, pp. 354-359.

TULKENS, F. (2014). Freedom of religion under the European Convention on Human Rights: A precious asset. *BYU Law Review*, n.º 509, pp. 509-530, retirado de <<https://digitalcommons.law.byu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2924&context=lawreview>>.

VICKERS, L. (2017). Direct discrimination and indirect discrimination: Headscarves and the CJUE. *OxHRH Blog*, retirado de <<http://ohrh.law.ox.ac.uk/direct-discrimination-and-indirect-discrimination-headscarves-and-the-cjeu/>>.

WADDINGTON, L. e HENDRIKS, A. (2002). The expanding concept of employment discrimination in Europe: From direct and indirect discrimination to reasonable accommodation discrimination. *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 18, issue 4, pp. 403-428.

XAVIER, B. G. L. (2004). A Constituição portuguesa como fonte de direito do trabalho e os direitos fundamentais dos trabalhadores. In Fernandes, A. M. (coord.), *Estudos de direito do trabalho em homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea*, pp. 163-203. Coimbra: Almedina.

Outros documentos

- Estudo do IPAM (2017), Hábitos religiosos da população portuguesa & o Papa Francisco, retirado de <<https://cdn2.hubspot.net/hubfs/339034/IPAM-SITE/estudos/2017-HabitosReligiosos-e-PapaFrancisco.pdf?t=1519574545270>>.
- Dados estatísticos da Organização Mundial da Migração, retirado de <<https://www.iom.int/>>.
- Legalizing discrimination in Europe, *The New York Times* (15 de março de 2017), retirado de <<https://www.nytimes.com/2017/03/15/opinion/legalizing-discrimination-in-europe.html>>.

Lista de jurisprudência

Tribunal Constitucional

(disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>>)

- Ac. 544/2014, Proc. n.º 53/12, Relatora Maria José Rangel de Mesquita;
- Ac. 545/2014, Proc. n.º 52/2014, Relator Carlos Fernandes Cadilha.
-

TEDH (disponível em < <http://hudoc.echr.coe.int/>>)

- *Dahlab contra Suíça*, 15.02.2001;
- *Dogru contra França*, 04.03.2009;
- *Ebrahimihan contra França*, 26.02.2016;
- *Eweida e outros contra Reino Unido*, 15.01.2013;
- *Lautsi e outros contra Itália*, 03.11.2009; 18/03/2011;
- *Leyla Sahin contra Turquia*, 10.11.2005;
- *Karaduman e outros contra Turquia*, 17.09.1993;

- *Kervanci contra França*, 04.03.2009;
- *Kokkinakis contra Grécia*, 25.05.1993;
- *Kontttinen contra Finlândia*, 03.12.1996;
- *Kurmultus contra Turquia*, 24.01.2006.

TJUE (disponível em <<https://curia.europa.eu/>>)

- *Asma Bougnaoui Association de défense des droits de l'homme (ADDH) contra Micropole SA*, Proc. C-188-15, 14.03.2017;
- *Samira Achbita, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contra G4S Secure Solutions NV*, Proc. C-157/15, 14.03.2017.

International Transfer Pricing

Rethinking the arm's length principle

Pedro Nuno Dias Meneses

Supervision by Dra. Mónica Duque

“Taxes, after all, are dues that we pay for the privileges of membership in an organized society.”

Franklin D. Roosevelt

Acknowledgements

To my mentor, Professor Mónica Duque, my sincere gratitude for the devotion and encouragement given throughout this thesis, for the teachings transmitted, and most of all for the human values ever-present.

I would like to thank Sapienza University of Rome, in particular Professor Pietro Boria and Professor Federica Niccolini, for the support and for truly making me feel at home during the entire traineeship.

To my beloved sister, for proving me every day that there is no greater love than ours.

To my parents, for the unconditional love and for making all this possible.

To my grandparents, for teaching me everything that books cannot; for receiving me at their home and loving me in a way that became almost impossible to return.

To Cláudia, my love, for being the strongest and most faithful pillar in my life.

Finally, to my friends, for multiplying happiness and dividing sadness; especially to Juliana, Sérgio, Sebastião and Sofia, for the memories and loyal friendship.

Resumo

Atendendo à atual realidade económica, torna-se importante compreender a posição dominante que as empresas multinacionais ocupam no mercado, através da realização de operações altamente integradas estabelecidas entre as suas subsidiárias. Este contexto é completamente oposto àquele onde entidades separadas e independentes atuam.

À luz de um novo paradigma económico e negocial, o princípio da plena concorrência tem começado a ser questionado enquanto método mais apropriado para lidar com problemas em matéria de preços de transferência e com possíveis impactos negativos que daí possam advir. Paralelamente, outras metodologias têm sido sugeridas de modo a combater as falhas do atual sistema, nomeadamente o sistema unitário.

Tendo em conta que ambos os regimes apresentam várias vantagens e desvantagens, é possível prever um longo debate sobre qual será o método mais adequado a adotar.

Palavras-chave: princípio da plena concorrência; base fiscal societária comum e consolidada; fórmula de repartição; abordagem separada; preços de transferência; abordagem unitária.

Abstract

Considering the current economic reality, one must realize the dominant market position assumed by multinational corporations through the establishment of highly integrated operations between their subsidiaries. Such context is completely contrary to the one where separated and independent enterprises act.

In light of a new economic and business paradigm, the arm's length principle starts to be questioned as the most appropriate method to cope with transfer pricing issues and the negative impacts that may arise from such transactions. At the same time, other approaches are starting to be suggested by academics in order to combat the flaws of the actual system, namely a unitary regime.

It is possible to foresee a long discussion about what is the right approach to be adopted, as both standards reveal strengths and weaknesses.

Keywords: arm's length principle; common consolidated corporate tax base; formulary apportionment; separate approach; transfer pricing; unitary approach.

List of abbreviations

ALP	Arm's Length Principle
ALS	Arm's Length Standard
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
CCCTB	Common Consolidated Corporate Tax Base
CUP	Comparable Uncontrolled Price Method
EC	European Commission
EU	European Union
FA	Formulary Apportionment
G20	Group of Twenty
MNE	Multinational Enterprise
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
OECD MTC	OECD Model Tax Convention
OECD TPG	OECD Transfer Pricing Guidelines
PE	Permanent Establishment
PSM	Profit Split Method
R&D	Research and Development
SME	Small and Medium Enterprises
TFUE	Treaty on the Functioning of the European Union
TNC	Transnational Corporation
TNMM	Transactional Net Margin Method
UN	United Nations
UN MDTC	United Nations Model Double Tax Convention

Table of contents

Chapter I – Introduction and context	7
1.1. Introduction	7
1.2. Research developed: motivation and method	8
1.3. Some definitions	9
1.4. Transfer pricing contextualization: a change in the international landscape	10
1.5. BEPS and the OECD role: general ideas	12
Chapter II – The arm's length principle	15
2.1. Background	15
2.2. OECD Transfer Pricing Guidelines: special note	16
2.2.1. 2017 OECD Transfer Pricing Guidelines: glimpses of change?	17
2.3. A first incursion	18
2.4. Transfer pricing methods	20
2.5. Arm's length: merits and pitfalls	23
Chapter III – Is there an alternative to the arm's length principle?	26
3.1. Unitary taxation – A paradigm shift	26
3.2. Formulary apportionment: the concept	28
3.3. The pros and cons of formulary apportionment	29
3.3.1. Why a destination sales-based formulary apportionment?	32
3.4. Formulary apportionment in the EU: Common consolidated corporate tax base	33
3.4.1. The viability of the Proposal	35
3.5. A clash between two realities: Formulary apportionment vs. arm's length principle	37
3.5.1. The particular case of the European Union	40
Conclusion	41
References	43

Chapter I – Introduction and context

1.1. Introduction

If the phenomenon of economy development and globalization is from one side welcomed by international community, the same cannot be said regarding tax avoidance and tax evasion¹, two of the world's most critical tax issues over the past few years.

Multinational companies appear as the dominant actor of the current international business landscape, settling a strong position on a major part of global transactions. It can be said that the appearance of MNEs is in the genesis of transfer prices, with the constitution of new and different business organization models allowing for a geographical and economic expansion beyond the national boundaries, demonstrating the “octopus phenomenon” of MNEs. The existence of complex corporate structures becomes a predominance, most of the transactions being performed by a highly integrated network of subsidiaries or branches which act under a common direction and interest².

The fact that the main goal of MNEs is profit maximization offers no resistance, but fully understanding the reasons behind the multinational internal transactions might be an inglorious task, as well as a “deception game” for tax administrations and legislators. The possibility of tax avoidance through the exploitation of legal tax loopholes and lack of coordination amongst countries assures the unfairness of corporate profits taxation³, which later results in the frustration of SMEs and individual taxpayers⁴.

The OECD seems to be aware of this problem which strikes the fiscal revenue of most States and jeopardizes their commitment to prosecute their public function regarding security, infrastructures, education and other basic collective needs. The 2015 final BEPS report, composed of fifteen actions, can be seen as a reaction to tax avoidance and is part of the creation of a new international tax framework which is able to implement and, most of all, apply the idea that profits are taxed where value is created and economic activity takes place.

¹ The idea of MNEs “refrain[ing] from tax avoidance practices and pay[ing] their fair share” was stated by Dutch Finance Minister and European President Jeroen Dijsselbloem at an EU Finance Ministers meeting in Brussels, Belgium, in 2016. Retrieved from <http://www.reuters.com/article/us-eu-taxavoidance/times-are-changing-pay-your-taxes-euro-zone-chief-tells-corporations-idUSKCN11GoAB?il=0>.

² UN (2013), paragraph 1.1.3 refers that, these days, a significant volume of global trade consists of international transfer of goods and services, capital and intangibles within the MNE group.

³ As pointed by EU Commission Vice-President Jyrki Katainen. Retrieved from <http://www.reuters.com/article/us-eu-taxavoidance/times-are-changing-pay-your-taxes-euro-zone-chief-tells-corporations-idUSKCN11GoAB>.

⁴ The same illustrious politic said in 2016: “What is clear is that with every new case of unfair tax practice on abuse, public frustration grows”. Retrieved from <http://www.reuters.com/article/us-eu-taxavoidance/times-are-changing-pay-your-taxes-euro-zone-chief-tells-corporations-idUSKCN11GoAB>.

1.2. Research developed: motivation and method

Research motivation

During my master in tax law at Católica University of Porto, I had the opportunity to attend the course of Tax Planning, where I came across the theme of Transfer Pricing, its role in the present international tax stage and its inward relationship with MNEs' economic policies. As one of the most prominent challenges of our days in a constantly changing environment, the fight against aggressive tax planning became global, with transfer pricing being under the spotlight of the international community, as well as the ALP as the best solution to determine transfer pricing.

That was the reason for my interest in understanding to what extent is it possible to adopt a new international tax method and respective consequences of that.

The fact that this theme is regarded as unexplored contributed to increase my personal motivation.

Problem overview

Multinational enterprises are spread all around the world, establishing a considerable number of (internal) transactions, some commercially motivated, others purely tax motivated. This results in a difficult, if not impossible, mission for tax authorities to know which profits are to be taxed, which entity they should be allocated to, which country has the right to tax a certain profit, etc. Innumerable questions are left hanging, resulting in an increasing loss of tax revenue. The international standard accepted is the Arm's Length Principle, as countries' last hope to fight against transfer pricing, although voices have started to point out some deficiencies of this method and pointed towards different paths. It is precisely this mismatch between the ALP and the modern business models designed by MNEs and possible alternatives that I will describe in this thesis.

Research question

This master thesis will be focused on the following question:

“Is the Arm's Length Principle the most efficient method to determine transfer prices and to solve the problems related to the allocation of profits amongst different tax jurisdictions? What are the alternatives, and will they perform better than the current method?”

Research methodology

This thesis was based on an intensive research of articles and opinions from several prestigious authors about transfer pricing, the ALP and its alternatives. We put our best effort to analyse the discussed method – advantages and disadvantages –, to present other alternatives and to expose the viability of each one of them.

As it is our intention to address the level of principles, rather than the plan of implementation, the research focused on foreign bibliography.

We assume entire responsibility for any scientific mistake or grammatical error that this thesis may contain.

1.3. Some definitions

To have a clear notion of what we pretend to analyse with this thesis, we believe it to be essential to briefly explain some of the terms that will be used throughout the work.

What is base erosion?

Base erosion concerns a tax planning strategy that exploits loopholes and mismatches between different tax rules in order to make profits “disappear” for tax purposes, therefore decreasing the tax base of a certain entity and the amount of tax payable in a specific jurisdiction.

What is profit shifting?

As the name may suggest, profit shifting corresponds to a movement of profits from jurisdictions where the activities generating those profits occurred to another jurisdiction where those profits will be subject to no or low-tax rates⁵. This represents an aggressive tax planning strategy, often used by MNEs to avoid their fair share of domestic tax.

What is transfer pricing?

Transfer pricing corresponds to the price charged by one company to another within the same organization for transferring or sharing goods, services or other resources (intra-firm transactions). We can draw a distinctive line “with a market price, which is the price set in the marketplace for transfers (...) between unrelated persons”⁶. The prices practiced here are not based on the same conditions as the ones practiced between independent parties acting under “normal market forces”, the so-called “arm’s length prices”.

⁵ There is also the possibility of a profit deflection from a low tax country to a high tax country, if a “member of their affiliated group has losses in that country or if they are able to exploit some loophole” in that high tax jurisdiction (Arnold & McIntyre, 2002, p. 55).

⁶ Arnold & McIntyre, 2002, p. 55.

What is a related entity?

To determine the existence of “related entities”, we must analyse the element of control. Usually, the different parts of the same organization are “owned or controlled, directly or indirectly, by the same interests”⁷. The level of control present in the relationship can be verified by the power to establish transfer prices, different from market prices.

“The degree of control (...) varies from jurisdiction to jurisdiction but generally looks for an effective majority control”⁸.

1.4. Transfer pricing contextualization: a change in the international landscape

Transfer pricing has become a fundamental tax issue over the last years, both for taxpayers and tax authorities; therefore, trying to establish an economic and political path on this subject can be an extremely challenging task.

“[I]n step with the economy globalization, worldwide intra-group trade has grown exponentially”⁹. Considering this idea of globalization as an “ever-increasing transnational”¹⁰ phenomenon and the as the fall of boundaries to international trade, we must face the world as a global market featured by developments in information technology and communications, in which MNEs’ business activities and economic transactions assume special prominence¹¹. Emerging from this economic context, MNEs appear to have “an integrated hierarchical business organization [which] is superior in efficiency terms when compared with the interaction of independent firms in the open market”¹², allowing them to practice an economy of scale and to set prices internally (differently from unrelated companies). Transactions on a multinational corporate level are highly driven by common interests, different in all aspects from market forces between independent entities. Facing such unequal reality, it becomes urgent to determine the transfer price, i.e. the right price.

Transfer pricing, as a pricing policy, is the primary method used on (and through) international tax law to allocate profits among different jurisdictions according to a “minimum tax cost” criterion; naturally, the countries’ tax base will end up being moulded in the same way.

⁷ Arnold & McIntyre, 2002, p. 55.

⁸ Neighbour & Owens, 2002, p. 951.

⁹ OECD, 2015a, p. 27.

¹⁰ Rectenwald, 2012, p. 428.

¹¹ “over 60% of world trade takes place within MNEs and so potentially gives rise to transfer pricing issues” (Neighbour & Owens, 2002, p. 952).

¹² Schön, 2011, p. 5.

As already referred, MNEs operate on a global scale, which demands a highly coordinated procedure. Hence, a challenge arises for them concerning the decentralization of the decision-making process between the entire company web, all the subsidiaries and branches with distinct locations considered – here, it is possible to view the transfer pricing practice as a strategy to face the complexity of some decisions that may require a delegation of responsibilities within the corporation.

As for the business coordination element, transfer pricing can also be deployed for tax purposes¹³ as an aggressive tax planning tool. Profits are, therefore, shifted to lower tax jurisdictions with the objective of decreasing MNEs' overall tax burden and avoid heavier tax liabilities that in normal conditions.

At this point, we are dealing with a harmful tax planning mechanism which compromises the wealth of States' national tax systems, preventing them from receiving their "fair share"¹⁴ of corporate tax revenue. Such tax motivated transactions often suffer an adjustment¹⁵, granting a (closer) correct allocation of taxable profits.

Corporate taxation has, thus, become a major concern for tax authorities all over the world¹⁶, not only for OECD countries, but also for emerging economies such as BRICS, due to MNEs' internationally widespread net – although their operations are internationally dispersed, they are centrally coordinated. The importance of transfer pricing for tax and economic purposes is undoubtedly viewed by countries as common ground.

The discipline of transfer pricing has its foundations on two major principles: under a "separate entity approach", each company integrated in a TNC will be taxed and have its profits computed as if it operated individually, based on separate accounting¹⁷; in accordance with the ALP, prices charged between related companies must correspond to the prices that would be practiced amongst unrelated entities. Weighting this relation, Rectenwald points that "[d]epending upon arms-length transfer pricing adjustments is a dysfunctional solution to a problem that is needlessly perpetuated by the insistence on separate entity treatment and the significance of transfer prices"¹⁸.

Bearing in mind that most cross-border transactions are conducted by MNEs, it is relevant to mention that the purposes for companies to start using transfer pricing are

¹³ Avi-Yonah & Benshalom, 2011, p. 373.

¹⁴ Asakawa, p. 7.

¹⁵ OECD, 2015a, p. 27.

¹⁶ Kofler, 2013, p. 650.

¹⁷ "the OECD member countries have decided, on balance, to adopt the 'functionally separate entity' approach as the 'authorised OECD approach'; the authorised OECD approach is that the profits to be attributed to a PE are the profits that the PE would have earned at arm's length if it were a legally distinct and separate enterprise performing the same or similar functions under the same or similar conditions" (OECD, 2006, p. 12).

¹⁸ Rectenwald 2012, pp. 441-442.

“to help identify which parts of the enterprise [which] are not performing well, to escape double taxation when repatriating profits and ultimately to reduce tax”¹⁹.

As aforementioned, it offers no resistance that the members of the same corporate group often manipulate the prices charged within the group to achieve an expected cost minimization; albeit, “[t]he mere fact that a transaction may not be found between independent parties does not on itself mean that it is not arm’s length”²⁰. There are reasons to believe that economic and market alliances aiming at convergent goals are frequently designed between companies.

1.5. BEPS and the OECD role: general ideas

At the Los Cabos meeting, in June 2012, the G20^{21 22} Leaders reiterated “[their] commitment to strengthen transparency and comprehensive exchange of information”, just as “the need to prevent base erosion and profit shifting”, and stated that they would “follow with attention the ongoing work of the OECD in this area”²³.

Discussion around base erosion and profit shifting has reached the level of political priority of OECD^{24 25} and non-OECD countries’ agenda. A tangible proof of this is the (lengthy) Report released by the OECD on Addressing Base Erosion and Profit Shifting, published in February 2013 – stating the countries’ concern regarding the serious risk to tax revenues and tax fairness²⁶ resultant from MNEs’ aggressive tax planning – and the Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting²⁷, published in July 2013.

¹⁹ Haskic, 2009, p. 2.

²⁰ OECD, 2010a, para. 1.11.

²¹ The G20 policy is based on three main purposes: “policy coordination between its members in order to achieve global economic stability; sustainable growth; promoting financial regulations that reduce risks and prevent future financial crises; modernizing international financial architecture”. Retrieved from http://en.g2orussia.ru/docs/about/about_G20.html.

²² The G20 countries are: the European Union, Argentina, Australia, Brazil, Canada, China, France, Germany, India, Indonesia, Italy, Japan, the Republic of Korea, Mexico, Russia, Saudi Arabia, South Africa, Turkey, the United Kingdom, and the United States of America.

²³ G20 Leaders Declaration at Los Cabos, Mexico, June 19, 2012, para. 48. Retrieved from <http://www.g20.utoronto.ca/2012/2012-0619-loscabos.pdf>.

Special note for the G8 Leaders Communiqué at the 2013 Lough Erne, stating that “On tax avoidance, we support the OECD’s work to tackle base erosion and profit shifting”. Retrieved from https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/207771/Lough_Erne_2013_G8_Leaders_Communique.pdf, p. 1.

²⁴ The Organization for Economic Cooperation and Development has the goal to promote “policies that will improve the economic and social well-being of people around the world”. Retrieved from <http://www.oecd.org/about/>.

²⁵ The current members of the OECD are: Australia, Austria, Belgium, Canada, Chile, the Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Ireland, Israel, Italy, Japan, Korea, Luxembourg, Mexico, the Netherlands, New Zealand, Norway, Poland, Portugal, the Slovak Republic, Slovenia, Spain, Sweden, Switzerland, Turkey, the United Kingdom and the United States.

²⁶ Ernst & Young (2013). Retrieved from <http://www.ey.com/gl/en/services/tax/international-tax/alert--oecd-releases-report-on-base-erosion-and-profit-shifting>.

²⁷ The G20 Finance Ministers expressed, at the 2013 meeting in Moscow, that they “fully endorse the ambitious and comprehensive Action Plan submitted at the request of the G-20 by the OECD aimed at addressing base erosion and profit shifting”. Retrieved from http://www.g20.utoronto.ca/2013/2013_Final_Communique_FM_July_ENG.pdf, p. 5.

There is a need to recognise that beyond the current problem of tax compliance and the obvious massive loss of tax revenue, base erosion and profit shifting are also a major threat to tax sovereignty and to “the trust in the integrity of tax systems of all countries”, producing “a negative impact on investment, services and competition, and thus on growth and employment globally”²⁸.

The Report confirms the difficulty “to reach solid conclusions about how much BEPS actually occurs”, mentioning, however, “the circumstantial evidence that BEPS behaviours are widespread”²⁹. The secrecy around transfer pricing and the lack of transparency to the public on media tax cases, such as Google, Amazon or Starbucks, is regarded as a most undesirable practice.

Although some may argue that the OECD Report did not have the impact that was expected, or that it did not offer effective solutions, its prominent role must be noted.

As the initial response to the G20 mandate, the Report operates a comprehensive analysis of the structural causes and consequences of base erosion and profit shifting, and refuses any sort of unilateral action as a solution for the problem. It defends that “[a] holistic and comprehensive approach is necessary to address the issue”³⁰. This integrated approach³¹ was, therefore, endeavoured with the Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting³².

The Action Plan dedicates four out of a total of fifteen contemplated actions to the matter of transfer pricing:

- Action 8: Assure that transfer pricing outcomes are in line with value creation: Intangibles
- Action 9: Assure that transfer pricing outcomes are in line with value creation: Risks and capital
- Action 10: Assure that transfer pricing outcomes are in line with value creation: Other high-risk transactions
- Action 13: Re-examine transfer pricing documentation

²⁸ Declaration on Base Erosion and Profit Shifting at the Meeting of the OECD Council at Ministerial Level, OECD, Paris, May 2013, p. 2. Retrieved from [http://www.oecd.org/tax/C-MIN\(2013\)22-FINAL-ENG.pdf](http://www.oecd.org/tax/C-MIN(2013)22-FINAL-ENG.pdf).

²⁹ OECD, 2013a, p. 15.

³⁰ “No more shifty business”. Retrieved from https://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/OECD_Beps_130327_No_more_shifty_business.pdf, p. 2.

³¹ Pascal Saint-Amans, Director of the OECD Centre for Tax Policy and Administration, reaffirms the very importance of a globally coordinated action by mentioning that the work on BEPS “could not be done by OECD countries alone if it was going to work” (Saint-Amans, 2014, pp. 68-69).

³² Enforcing “fundamental changes (...) designed to prevent and counter base erosion and profit shifting” (OECD, 2013b, p. 13).

The existence of a further Report³³ should be noted “contain[ing] revised guidance [which] responds to these issues and ensures that transfer pricing rules secure [tax fair] outcomes”³⁴. In addition to being a direction line and providing a helpful supporting instrument, it also “represents an agreement of the countries participating in the OECD/G20 BEPS Project.”³⁵

Taking a closer look at the chronological element, it is possible to observe that the Action Plan procedure was conducted in just two years – which is applaudable. This only reveals the urgency of such diploma, for political, business and social reasons.

As a project of global dimensions, BEPS presents itself as the result of “all G20 and OECD countries [working] on an equal footing [and] developing countries [that] were engaged extensively from the outset, via a number of different consultation mechanisms”³⁶. In fact, this can be considered the first great accomplishment of the BEPS: “For the first time all OECD and G20 countries have worked together on an equal footing to design common responses to international tax challenges [with an] unprecedented participation by developing countries in the development of commonly-agreed international tax standards”³⁷, which, among other aspects, highlights a strong political will.

The work developed by OECD and G20 in the BEPS programme demonstrates a high level of commitment towards finding solutions for a group of identified widespread problems.

The fact that BEPS is able to have a profound impact on companies’ corporate structures and their abusive practices^{38 39} naturally creates great expectations amongst the governments involved.

Under the international communities’ watchful eye, BEPS takes on an additional political importance. OECD countries have maintained a dominant position over the international tax arena for over 50 years, and even despite the supporting role of the G20, the BEPS project bears the OECD “stamp”. Thus, this project may create some political pressure on the shoulders of the international organization due to an almost imperative

³³ To better explain and implement the 15 Actions, 13 Reports were published.

³⁴ OECD, 2015a, p. 28.

³⁵ OECD, 2015a, p. 28.

³⁶ OECD, 2015b, p. 4.

³⁷ OECD, 2015c, p. 5.

³⁸ “The interim report shows that the OECD and the G20 member states have achieved a lot of progress in the Base Erosion & Profit Shifting project (...) [fighting] against international tax avoidance. Retrieved from <https://www.government.nl/latest/news/2014/09/19/the-netherlands-welcomes-progress-in-the-fight-against-international-tax-avoidance>.

³⁹ “With 100 countries and jurisdictions [working together] to tackle base erosion and profit shifting, strong progress in addressing this global problem is underway” (OECD, 2017a, p. 31).

need to reach a “successful outcome (...) so that they can keep control over international tax policy”⁴⁰.

In the worst-case scenario, i.e. failure of the project, the leadership of OECD over international fiscal matters may come out weakened.

Chapter II – The arm’s length principle

2.1. Background

Historically, the ALP has a long and interesting tradition that can be traced back to the beginning of the 20th century.

In 1928, the League of Nations assembled a Fiscal Committee for the development of principles regarding the allocation of tax jurisdiction. The task was executed by Mitchell B. Carroll, who investigated three methodologies for the problem of business income allocation: the separate accounting method; empirical methods (later referred by Carroll as the fallback measure for separate accounting); and formulary apportionment⁴¹.

The result was a draft made by the Committee in 1933 (which was followed by the 1935 draft), where it is possible to see the reference “dealing at arm’s length”⁴² as a promotion of the arm’s length method over other methods.

During World War I, the need for transfer pricing legislations became a prominent necessity in countries such as the U.S. and the U.K. in order to prevent the shifting of profits in a time where taxes assumed a critical political importance.⁴³

In 1935, the ALP was first implemented in U.S. tax regulations, stating that “[t]he standard to be applied in every case is that of an uncontrolled taxpayer dealing at arm’s length with another uncontrolled taxpayer”⁴⁴. The function undertaken by the article was the reallocation of income and deductions amongst controlled taxpayers in respect to intra-group transactions established between them.

By that time, the concern was to empower fiscal authorities to assure that income was taxed where it belonged, therefore standing against profit shifting strategies perpetrated through suspicious related transactions.

⁴⁰ Baker, 2013, p. 1.

⁴¹ Markham, 2005, p. 15.

⁴² League of Nations, 1935, art. 3.

⁴³ Ad Hoc Group of Experts on International Cooperation in Tax Matters, 2010, p. 5.

⁴⁴ Art. 45-1 b): “Determination of the taxable net income of a controlled taxpayer”, of Regulations 86 related to the Income Tax under the Revenue Act of 1934, U.S. Treasury Department. Retrieved from http://constitution.org/tax/us-ic/regs/Regs_86_for_1934_act.pdf.

The consciousness over the importance of tax revenue to the performance of government obligations was already a reality⁴⁵. Thus, we believe it is righteous to say that the moral tax compass was born around this time with a demonstration of deep concern regarding the preservation of corporate tax base against evasive tax planning practices.

In 1963, the ALP was adopted in art. 9 of the OECD MTC and later, in 1980, the UN followed the same path – as it is possible to see in art. 9 of UN MDTC between developed and developing countries.

The feature that better suits ALP is clearly its global application, “as it forms the basis of an extensive network of bilateral income tax treaties between OECD member countries and between OECD member countries and non-OECD economies”⁴⁶ and it is present in most countries’ domestic tax legislation.

2.2. OECD Transfer Pricing Guidelines: special note

An increase of MNEs and the frequency of related transactions since the 1960s exposed the need for further guidance on transfer pricing, leading to a reaction by the OECD, which considered the real necessity to develop practical guidance for its members’ tax authorities.

To a large extent, the 1968 U.S. rules on controlled transactions had a considerable influence in the discussions and development of the OECD Guidelines⁴⁷.

The OECD’s Committee on Fiscal Affairs, in particular Working Party No.6, produced the Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations in 1979, which was meant not to create an extensive set of regulation, “but rather to set out the problems and the considerations to be taken into account and to describe which methods and practices were acceptable from a tax point of view in determining transfer prices”⁴⁸.

The OECD Guidelines are continuously reviewed and updated in order to deal and cope with the massive changes and challenges posed by technological developments and an overwhelming globalized economy.

In 1995, the Guidelines were updated to deal with the mentioned challenges and also to “bridge the differences which have arisen between the United States and other OECD countries”⁴⁹; in 2010, another update was made to the Guidelines to consider the

⁴⁵ “A large part of the cost of government is traceable to the necessity of maintaining a suitable business environment. (...) New business creates new tasks, entails further public expense [and therefore] (...) taxes upon business have great fiscal virtue as such” (Adams, 1917, p. 187).

⁴⁶ Ruiter, 2012, p. 1.

⁴⁷ Wittendorff, 2010, pp. 14-15.

⁴⁸ Ad Hoc Group of Experts on International Cooperation in Tax Matters Tenth Meeting, 2001, p. 7.

⁴⁹ Ad Hoc Group of Experts on International Cooperation in Tax Matters Tenth Meeting, 2001, p. 19.

revision of the guidance on comparability and profit methods (chapter I-III of the Guidelines) and on business restructurings (chapter IX of the Guidelines).

As mentioned by Wittendorff, the OECD Guidelines have the aim to “create a uniform international legal approach to the application of the arm’s length principle”⁵⁰ and, therefore, narrow the differences between the different tax systems.

Despite the objectives undertaken by the OECD Guidelines, such implementation poses great difficulties due to the existent gap between developed and developing countries, which appears to be increasing.

2.2.1. 2017 OECD Transfer Pricing Guidelines: glimpses of change?

On 10th July of 2017, the OECD released the long expected 2017 edition of the OECD TPG⁵¹, which confirmed the changes resultant from the OECD/G20 2015 BEPS Project, and it also reflected revised guidance on safe harbours and other amendments aimed at providing clearer – and needed – alignment on the application of the ALP⁵².

On a practical level, this new version of the OECD TPG contemplated the following fundamental changes:

- New guidance on the application of the ALP – revisions to Section D of Chapter I;
- Adjustments on commodity transactions – revisions to Chapter II;
- Revised guidance on safe harbour provisions – present in Section E of Chapter IV;
- Revised guidance on transfer pricing documentation, considering a three-tiered documentation approach (master file, local file and country-by-country reporting) – Chapter V;
- Revision on intangibles’ discipline – Chapter VI;
- Guidance on low-value adding intragroup services – revisions to Chapter VII; and
- Revisions on cost contribution arrangements – Chapter VIII.

Regardless of further guidance, monitoring and work that will be carried by the OECD, a perfunctory analysis in the short time period after the 2017 OECD TPG edition already predicts the “MNEs task to understand and analyze the implications of this

⁵⁰ Wittendorff, 2010, p. 14.

⁵¹ OECD, 2017b.

⁵² In fact, the release of the 2017 OECD TPG consolidates the several changes that have been adopted since the last OECD TPG update, in 2010.

development for each jurisdiction in which they operate (...) with respect to their global operations and their current transfer pricing policies and approaches”⁵³.

2.3. A first incursion

“Dealing at arm’s length” means that transactions established between related parties are to be considered as if the parties involved were independent, dealing under identical conditions and economic circumstances. This principle intends to assure an equal ground of treatment amongst TNCs (operating internally) and separate business entities (operating independently)⁵⁴, neutralizing the effects that may arise from such difference and, thus, ensuring that this does not result in position distortions created by undue tax advantages for MNEs⁵⁵.

We can, therefore, determine that the philosophy behind the ALP is “that each affiliated company within the group transacts with other members of the group in the same way that it would transact if the members were unrelated”⁵⁶.

The ALP’s global acceptance, along with its recommendation and adoption⁵⁷ by the OECD as the international transfer pricing standard, arises in response to this need of determining the right “market price” for intra-group transactions. However, such accurate determination may reveal genuine difficulties for tax authorities, as the OECD seems to be aware.⁵⁸

Being the uncontrolled transactions subject to the forces of a full competitive market and its strengths (setting the bar of what will be considered “arm’s length”), one can obtain a “benchmark against which the controlled transactions can be evaluated”⁵⁹. Therefore, a transfer pricing review is made based on a comparability analysis that has its fundament both in art. 9 of the OECD MTC⁶⁰ ⁶¹ and art. 9 of the UN MDTC – the same method is also present in art. 7 of the OECD MTC, as it is embedded in several treaties and countries’ national legislations (although it does not mean that it is explained the same way in each country).

⁵³ Ernst & Young, 2017, p. 2.

⁵⁴ The same idea is provided in Picciotto, 2012, p. 3.

⁵⁵ Schoueri, 2015, p. 695.

⁵⁶ Avi-Yonah, 2009, p. 3.

⁵⁷ The OECD has already showed public support and acceptance of the ALP, as can be seen in OECD, 2010a, paras. 1.14-1.15.

⁵⁸ “Tax administrations should not automatically assume that associated enterprises have sought to manipulate their profits” (OECD, 2010b, p. 4).

⁵⁹ Neighbour & Owens, 2002, p. 952.

⁶⁰ Setting “forth the requirement for a comparison between conditions made or imposed between associated enterprises and those that would be made between independent enterprises” (Russo & Boykin, 2008, p. 1).

⁶¹ Constitutes the framework for bilateral treaties between OECD countries as well as non-members.

The principle, as established in art. 9/1 of the OECD MTC, determines that: “Where (...) conditions are made or imposed between the two enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly”.

Objectives such as fair allocation of the tax base in each jurisdiction and the avoidance of double taxation demonstrate why this principle is embodied in a considerable number of legal documents and treaties⁶².

The establishment of “an appropriate adjustment” in paragraph 2 of the same article materialises the aforementioned principle, while assures a minimisation or elimination of economic double-taxation⁶³.

In this regard, transfer pricing adjustment is defined as a pure correction mechanism which recognises the real transaction for tax purposes and assures a proper allocation of taxable profits amongst the related parties – an increase in the profits of one company will dictate a corresponding decrease in the profits of the affiliated member.

It is also important to note that the possibility for tax administrations to make adjustments based on tax treaties will always be limited by domestic tax law, i.e. the taxing rights of each country cannot be broadened by a tax treaty, “in accordance with the so-called golden rule of tax treaty law”⁶⁴.

Despite the (well-known) fact that transfer pricing practices are used for tax purposes, the concept of transfer pricing “should not be [legally or economically] confused with the consideration of problems of tax fraud or tax avoidance”⁶⁵. Furthermore, and considering the existent corporate economic dynamic, it becomes fundamental to distinguish between tax motivated and business motivated transactions, as internal cross-border activity may be established without the purpose of profit manipulation, but instead due to valid economic reasons; based on this premise, tax authorities should consider the existence of other purposes than tax avoidance^{66 67}.

The possibility of a different solution in this matter would only lead to two undesirable outcomes: first, the disregard of commercially motivated decisions by fiscal

⁶² OECD, 2010a, Preface, para. 7.

⁶³ Although Mutual Agreement Procedures (art. 25 OECD MTC) can be used by tax administrations “to resolve disputes regarding the application of double tax conventions [eliminating] double taxation that could arise from a transfer pricing adjustment” (OECD, 2010a, para. 4.29).

⁶⁴ Lang, 2001, p. 80.

⁶⁵ OECD, 2010a, p. 31.

⁶⁶ “While it is evident that tax authorities tend to regard any deviation from the arm’s length standard as an attempt to manipulate the tax base, there is ample evidence from business research that large-scale deviations from the arm’s length standard are due to valid business considerations” (Schön, 2011, p. 41).

⁶⁷ This idea is also pointed by Morais, 2006, pp. 886-887.

authorities would eventually lead to a global decline of the business flow; second, if tax motivated transactions were recognised, MNEs would be completely free to choose the jurisdiction for their profits to be taxed⁶⁸.

The international siege appears to be closing on the ALP, and it is precisely its core that is currently under strong attack by academics, with Schön stating that this standard “cannot be defended as a business concept as it generically misses the efficiency requirements within the firm”⁶⁹, assuming the role of a legal concept instead.

This issue, among others, will be discussed throughout this thesis, as the ALP seems to fail the business purpose of MNEs, demonstrating some limitations regarding the wide economic global scenario where these companies currently transact.

2.4. Transfer pricing methods

To determine if a certain price is in accordance with the ALP, a comparability analysis must be made based on the five methods recommend by the OECD TPG, which will verify whether the conditions settled by the related parties are in line with the principle: the traditional transactional methods⁷⁰ (comparable uncontrolled price method; resale price method; cost-plus method) and the transactional profit methods⁷¹ (transactional net margin method and profit split method)⁷². Of all the methods provided by the Guidelines, the OECD seems to show a preference for the application of traditional methods over profit methods⁷³.

On the one hand, the OECD TPG establish a “freedom of choice” for the taxpayer to choose the specific method to be applied⁷⁴; however, considering the circumstances, some methods may provide more accurate results than others and, therefore, the taxpayer’s choice must be consistent, i.e. plausible.

A comparability analysis is required, at first, as an essential feature for a proper application of the ALP before the choice of a certain method – entailing the identification of an uncontrolled transaction that is comparable to the transaction under evaluation.

When determining the comparability, it is important to consider the existence of five distinct factors⁷⁵:

⁶⁸ The same concern was also raised by Advocate General Kokott in September 2009, in his opinion regarding the case *Société de Gestion Industrielle (SGI) v. État Belge*, Case C-311/08, para. 73: “If such transfers were to be recognised for tax purposes, companies within a group could choose freely the Member State in which profits are to be taxed, regardless of where they were generated”.

⁶⁹ Schön, 2011, p. 8.

⁷⁰ These methods focus on the analysis of the transactions and the prices charged.

⁷¹ The analysis made by these methods is based on the transaction, taking into account the element of profits.

⁷² OECD, 2010a, para. 2.1.

⁷³ OECD, 2010a, para. 2.3.

⁷⁴ OECD, 2010a, para. 4.9.

⁷⁵ OECD, 2010a, paras. 1.36 and 1.38.

- characteristics of the property or services transferred

Characteristics such as physical features, quality, intangible property involved and others may be useful for comparison;

- functions performed by the parties

Several factors, such as functions performed, assets used and risks assumed can have a direct influence over the price of the transaction;

- contractual terms

Usually determine how the responsibilities, risks and benefits are to be divided between the parties;

- economic circumstances of the parties

The economic circumstances that can be determinant for the comparability procedure may diverge from one market to the other;

- business strategies pursued by the parties

To analyse the business strategy of a specific company, several factors need to be considered, such as innovation, product development, diversification, and many others.

Even two distinct companies producing the exact same good or service can follow different business strategies, which for instance can include market penetration or market expansion. Naturally, this may lead to extremely difficult assessment problems.

Comparable Uncontrolled Price Method

The CUP method compares the price of a transaction between related entities in a controlled business environment with the market price by reference to a similar transaction established between unrelated entities in similar circumstances.

If a comparable situation exists, this is the preferred method, since it is the most direct and reliable method, especially for manufactured goods and other products sold on public commodity markets⁷⁶. Yet, this method is not appropriate to set the price for intermediate assets or goods that are intimately dependent of intangible property.

It is important to note that adjustments are possible in two cases if the conditions between the parties are not identical: if the differences do not materially affect the arm's length price; or if reasonably accurate adjustments can be made to eliminate the material effects of such differences.

⁷⁶ Arnold & McIntyre, 2002, pp. 61-62.

Resale Price Method

This method defines the market price at which products are sold to unrelated parties. A suitable mark-up – containing the value of sales, other costs from activities performed, and a reasonable margin – is then deducted from the market price, setting the arm's length price for related transactions.

Cost-Plus Method

The method starts by distinguishing the direct and indirect costs that can be attributable to the related seller and other costs that cannot be assigned to the related transaction. With reference to a gross profit margin earned by suppliers in a comparable uncontrolled transaction, an appropriate amount of profit is added to these costs, which reflects the activities performed and overhead costs.

The determination of transfer price according to this method is based on the total costs incurred by the related producer.

Transactional Net Margin Method

The TNMM uses an operational net margin that is applied over a certain economic indicator, for example costs, sales or assets. The result provides an arm's length ratio of profits that is compared to an independent transaction operated under similar circumstances – the transfer price is then accepted by the tax administration if it falls within the arm's length range of the comparable transaction.

It may be helpful for the determination of transfer prices related to tangible and intangible property.

Profit Split Method

This method is commonly applied when the traditional methods are not suitable.

It is used in situations where intra-group transactions reveal a high level of integration, making it extremely difficult, or even impossible, to apply a separate approach for each related member.

The PSM computes the worldwide taxable income of the related companies, which is then proportionally distributed amongst the related affiliates according to the participation of each member in the attainment of that profit, seeking to obtain the result that better reflects the ALP.

Regarding intangible property, the use of the profit split method may provide a solution built on the parties' relative contributions to the development of the intangible.

The fact that the OECD TPG refer a “most appropriate method” approach “does not imply that all methods will have to be tested”⁷⁷. Indeed, the preference of Working Party No. 6 for traditional methods is of practical nature: the combination of an internal comparable with traditional methods is a “low-hanging fruit”, both for taxpayers and tax administrations.

Despite the preference shown by the OECD, caution is advised considering the lack of information needed to execute a proper comparability analysis.

Taking into account the strengths and weaknesses of each method and the known factual data (for example the product, conditions, risks, activities performed, costs, contractual terms, intangible property, geographical location, even the market and its behaviour)⁷⁸, the chosen method must be the most appropriate one to the circumstances of the case.

2.5. Arm’s length: merits and pitfalls

The OECD has always expressed a firm “stay-the-course attitude”⁷⁹ towards the ALP, as can be observed in the OECD TPG, where several advantages from its application are pointed⁸⁰ – the statement of grounds present in the Guidelines can be seen as the generally agreed-upon justification of the ALP to govern transfer prices issues.

As the method recommended by the OECD, the ALP expresses the international consensus⁸¹ on the most effective way to counter transfer pricing schemes, therefore assuming a positive contribution to reach a level of certainty and predictability in an international business and taxation environment. Broad acceptance – wide and uniform implementation – reveals to be one of the strongest points of the principle.

Against this background, moving away from it would not just threaten the common ground that has been created, but also increase “the chances of conflicting allocations that lead to double taxation”⁸².

Secondly, from the perspective of taxation policy, the arm’s length standard contributes to tax equality and neutrality – two core principles in tax law – and thereby assures an equal tax treatment between associated corporations and independent enterprises⁸³.

⁷⁷ Russo & Boykin, 2008, p. 4.

⁷⁸ OECD, 2008, p. 6.

⁷⁹ “In fact, no legitimate or realistic alternative to the arm’s length principle has emerged” (OECD, 2010a, para. 1.15).

⁸⁰ OECD, 2010a, Preface, paras. 6 et seq.

⁸¹ “to establish a substantial body of common understanding among the business community and tax administrations” (OECD, 2010a, para. 1.15).

⁸² Rectenwald, 2012, p. 436.

⁸³ Wittendorff, 2010, p. 7.

Thus, it prevents the distortion of competitive positions by avoiding tax advantages or disadvantages, which is mandatory to guarantee the market equilibrium. Ultimately, the ALP is able to stimulate the growth of international trade and investment by eliminating any tax motivations from economic decisions⁸⁴.

Regardless of the “significant cases in which the arm’s length principle is difficult and complicated to apply” – namely, integrated production of goods and intangibles –, the principle is considered to work in an effective way for the “vast majority of cases”⁸⁵.

The element of comparability analysis, at the core of ALP, is also capable of providing the closest approximation between two different economic realities, since it attends to the specific facts and circumstances of the intra-firm transaction and uses the normal market activity as a benchmark. In this respect, the standard is used to determine the true and actual prices of related transfers⁸⁶.

Finally, the inherent flexibility to adjust to new challenges and business realities, such as global trading, intangibles or information developments, is also another valuable feature mentioned by the advocates of this principle⁸⁷.

As previously mentioned, the ALP is under heavy criticism by the international community, passing through a critical breaking point as the globally accepted and applied standard. Despite the known merits, several authors have contested the viability of the principle by exposing its weaknesses and shortcomings⁸⁸.

One of the main pointed critics lies in the foundations of the arm’s length principle, since a separate entity approach fails to reflect the economic reality of MNEs, as integrated enterprises arise to achieve an international dimension and relatedness (synergies) that allows to decrease inefficiencies and take advantage of economies of scope and scale⁸⁹. The treatment of such relatedness “as incidental to intra-firm transactions is the economic fallacy at the heart”⁹⁰ of the arm’s length principle.

Another argument that is constantly referred concerns the lack of comparables. If one remembers the background of ALP, developed in a low tech, bricks-and-mortar economy, a profound contrast is possible to establish against a current highly developed tech and economic scenario, where intangible property and new forms of communication prevail.

The “belief” that comparable transactions can be found amongst unrelated enterprises and that they can provide a suitable benchmark to determine the arm’s length

⁸⁴ OECD, 2010a, para. 1.8.

⁸⁵ OECD, 2010a, para. 1.9.

⁸⁶ OECD, 2010a, para. 1.14, and Rectenwald, 2012, p. 432.

⁸⁷ Neighbour & Owens, 2002, p. 956.

⁸⁸ In this context, see: Kofler, 2013; Schön, 2011; Picciotto, 2012; Wittendorff, 2010; Rectenwald, 2012; Avi-Yonah, 2009; and Avi-Yonah & Benshalom, 2011.

⁸⁹ Kofler, 2013, p. 648.

⁹⁰ Rectenwald, 2012, p. 437.

price for controlled transactions is declared to be another “fallacy that lies at the system’s central core”^{91 92}.

Indeed, there are specific markets where the creation of MNEs and the existence of enterprises acting under common control poses advantages, therefore being “unlikely that reasonably close uncontrolled comparables can be found”⁹³.

Considering this argument, the reconstruction of an arm’s length reality with reference to what independent and unrelated parties would have done under similar circumstances assumes the form of a Sisyphean task, since the “existence of comparables is based on an illusion about the open market”⁹⁴.

Consequently, prices’ evaluation, adjustments, and ultimately the ALP are based on pure estimates instead of solid information and accurate elements, which lead to uncertainty and systematic impreciseness⁹⁵.

The creation of an incentive to decrease the amount of payable tax by artificially allocating the profits in low-tax countries – whether through relocation of real economic activities or through profit-shifting – is also regarded as a drawback of ALP⁹⁶.

The arm’s length approach is extremely complex, resulting in large amounts of resources spent by both taxpayers and tax administrations. The documentation requirements⁹⁷ dictate a high-level of compliance costs and administrative burdens for MNEs, due, in part, to “the highly subjective nature” and “vagueness” of this principle⁹⁸.

For tax authorities, on the other hand, this conducts to substantial enforcement costs, since effective tax assessment can prove to be time-consuming and requires specific skills⁹⁹.

It is certain that the actual burdensome transfer pricing rules represent an obstacle to MNEs’ profit shifting given the referred degree of documentation these enterprises are

⁹¹ Avi-Yonah, 2009, p. 7.

⁹² Consider the 1989 U.S. case *Bausch & Lomb Inc. v. Commissioner*, 92 T.C. 525. Here, the license of technology for manufacturing soft contact lenses, by B&L Parent to wholly-owned Irish subsidiary B&L Ireland was discussed, and subsequently the sales of manufactured contact lenses from the subsidiary to the parent company. In this case, the application of a comparability hypothesis prevents us (and apparently the Court) from capturing the true motivation behind the operation.

Instead of examining whether an independent company comparable to B&L Parent was interested to close a deal on licensed manufacturing, the examination was strictly concerned with how the transactions would be priced between unrelated parties, i.e. at an arm’s length price. This was heavily criticized from an economic point of view, since the Court only applied the arm’s length principle to the subsidiary’s behaviour.

⁹³ Avi-Yonah & Benshalom, 2011, p. 377.

⁹⁴ Wittendorff, 2010, p. 11.

⁹⁵ Rectenwald, 2012, p. 434.

⁹⁶ As we can see in Rectenwald, 2012, p. 426, the Author’s view is absolutely contrary to what is stated in the OECD Transfer Pricing Guidelines 2010, para. 1.8.

⁹⁷ “with respect to documentation requirements [a compromise should be developed to] reduce compliance cost by providing clearer, more definite guidance for EU tax administrations and businesses, [therefore] provid[ing] for the smooth functioning of the Internal Market” (Commission of the European Communities, 2001, pp. 346-347).

⁹⁸ Rectenwald goes even further by stating that the arm’s length principle “is a failure because it is based upon a legal fiction that complicates and obfuscates instead of clarifying and simplifying” (Rectenwald, 2012, p. 440).

⁹⁹ Asakawa, s.d., p. 3.

required to reveal, coming with “tremendous costs associated with compliance, administration and litigation”¹⁰⁰.

Although the ALP is stated and enforced as the regulatory standard for income allocation in international and national law, one must recognise that fiscal problems arising from profit allocation amongst related parties is a problem that remains to be solved.

Neither side is pleased with the current tax system: fiscal authorities continue to report the use of transfer pricing strategies by large corporations as a means for tax avoidance, whilst MNEs have to deal with heavy compliance requirements (and respective costs), dealing at the same time with the risk of double taxation.

Thus, as a norm of international dimensions in tax matters, the arm’s length principle is now under a great strain, especially on the part of those who claim the need for a paradigm change.

Chapter III – Is there an alternative to the arm’s length principle?

3.1. Unitary taxation – a paradigm shift

Since the 1930s, when the “separate entity approach” was first internationally agreed to cope with transfer pricing, it was already, at the time, discussed that practice tax administrations should have a holistic view at companies’ overall accounts so that a fair split of the total profits amongst the affiliates could be obtained¹⁰¹.

An increased use of “transactional profit methods”, over the last years, indicates a slight change towards unitary taxation. Indeed, the European Commission’s proposal for a unitary system (CCCTB) confirms this idea as the “first formal international proposal for a unitary approach”¹⁰².

In the past, fiscal authorities “did not have the right to demand information about enterprises’ business establishments in other states, [since it] could contribute to animosity, (...) differences in accounting principles, languages, currencies, etc. would create problems”¹⁰³, and the difficulty to agree on “general global principles [to solve] the issues of international allocation of the tax base of international business”¹⁰⁴ was a clear gap. However, the phenomenon of globalization alerted the countries to the major

¹⁰⁰ Some Authors actually classify this as a “Pyrrhic victory” (Avi-Yonah & Benshalom, 2011, p. 379).

¹⁰¹ The 1933 Carroll Report did contemplate the possibility of a unitary approach, although as an “exception” to the “separate accounting method”: “Carroll recommended that (...) an apportionment method should only be used exceptionally, if it was impossible to use the separate accounting method” (Wittendorff, 2010, p. 91).

¹⁰² Picciotto, 2012, p. 4.

¹⁰³ Wittendorff, 2010, p. 91.

¹⁰⁴ Picciotto, 1992, p. 37.

difficulty to tax MNEs on their overseas profits, and so focus was given to a more territorial basis.

Under unitary taxation, multinational corporations would be treated as a “single unit, disregarding the formal distinctions among its constituent corporations”¹⁰⁵ and, therefore, would be taxed according to their genuine economic presence in the countries where they (truly) operated, through a predetermined income allocation formula – as corporate citizens this would also assure a fair contribution to the expenses of public resources in states where companies performed their business activities.

Against this background, a unitary approach would bridge the widening gap between the international tax system and economic reality by assuming the undeniable fact that MNEs are created to enhance economic activities on a large scale and to optimize synergetic effects. On the contrary, the treatment of each affiliated member as a separate entity could never reflect such business reality.

In the words of Picciotto, such solution would be “far more legitimate, [efficient] and simpler to implement than the current system”, as the Author refers that the current international tax system, under a “separate entity approach”, provides corporations with a vast range of possibilities to shift profits around the globe in a way that best suits their tax interests.

The consideration of each multinational company as a single entity would have its basis on the submission of a “single set of worldwide consolidated accounts in each country where [they have] a business presence”¹⁰⁶.

In our opinion, considering the features of the present economic market dynamics, a unitary approach would represent an interesting step towards a more coordinated and consistent international tax system.

For a better understanding of the unitary system, it is crucial to undertake a brief analysis of the elements that form its central core, namely the combined report, the definition of unitary business and the allocation formula.

- Combined Report:

Under combined reporting, associated enterprises that are part of a unitary group are treated as single entities – whole concept of the firm. Therefore, a combined report regarding the whole multinational group involved in the unitary business is required by each tax authority.

Since we are dealing with consolidated accounts, it is sustained that it eliminates distortions and tax planning opportunities by disregarding all internal transfers.

¹⁰⁵ Avi-Yonah, 2013, p. 2.

¹⁰⁶ Picciotto, 2012, p. 1.

This is perceived as a key element, capable of levelling the playing field against the use of tax havens and secrecy.

- Unitary Business:

The adoption of a unitary business concept, within the framework of unitary taxation, can be reasonably straightforward if one is dealing with related parties whose business is vertically integrated.

Against this background, it should be applied to all the separate parts of a corporation that are “under common control or direction”¹⁰⁷ and “engaged in the same or related business activities”¹⁰⁸.

Thus, unitary business is traditionally regarded as a group of distinct members of a single entity or as a group under common control, that is organized to “provide synergy and mutual benefit through functional integration, centralization of management, and economies of scale”¹⁰⁹.

- Allocation Formula:

A unitary approach assumes that the company’s worldwide profits result from the combined activities and involvement established within the group.

Indeed, the application of a formula that uses specific factors, such as sales, assets and labour, would reflect this relationship of the individual group members’ activities relatively to the group’s total income, as it would “provide a measure of the extent of the activities of the TNC in each country where it does business”¹¹⁰.

Therefore, income will be computed and apportioned with reference to factors that are able to quantify the firm’s activities truly performed in each jurisdiction.

3.2. Formulary apportionment: the concept

Global jurisdiction to tax is currently divided by a maze of international tax rules. To overcome the present tax problems, academic literature and tax experts refer the FA as the most valid alternative to ALP. Although, as Morse questions: “Would formulary apportionment [economically and politically] fix it?”¹¹¹

Formulary apportionment can be defined, in the words of the European Commission, as the method by which “a company distributes, or apportions, its total income across the locations where it does business using a formula based on the share of

¹⁰⁷ Here, a broader test of control is recommended to prevent tax avoidance, instead of the traditional legal ownership threshold.

¹⁰⁸ Picciotto, 2012, p. 10.

¹⁰⁹ Multistate Tax Commission, 2011, p. 1.

¹¹⁰ Picciotto, 2012, p. 11.

¹¹¹ Morse, 2010, p. 594.

activity it conducts in that location. By using a formula to distribute total profits across locations, the company does not need to calculate the profits earned by each member of the group in each location”¹¹². In the formula, a “weighted average of geographically specific apportionment factors, such as payroll, assets and sales”¹¹³ will be considered – as traditionally used in several U.S. States with the so-called “Massachusetts Formula”¹¹⁴.

An approach under this method requires a “three step system”¹¹⁵: determination of the MNE boundaries, for tax purposes; accurate determination of the global profits; and establishment of the formula for allocating the global profits amongst the involved tax jurisdictions.

At this point, one can identify the structural difference between the two standards. A separate entity approach is based on an individual consideration and taxation of the group’s associated enterprises, as if they operated independently and under the conditions of an atomistic market; whilst, under a unitary entity approach, affiliated entities engaged in a common enterprise are to be considered and taxed as if they were a single corporation.

A reflection about what is the best (or at least suitable) method to determine the correct transfer price takes on greater importance if we bear in mind the imperfections¹¹⁶ of the current legal tax regime, especially regarding intangibles, highly-integrated corporate frameworks and lack of unrelated comparables.

From the OECD perspective, the use of FA is “actively discouraged (...) on the grounds that [it is] arbitrary and does not satisfy the norm of arm’s length standard”¹¹⁷. Indeed, a “[g]lobal formulary apportionment, sometimes mentioned as a possible alternative, would not be accepted in the theory, implementation, or practice”¹¹⁸.

3.3. The pros and cons of formulary apportionment

For years, the possibility of adopting FA as an alternative to ALP has been considered by several policymakers and commentators. Yet, despite the potential of FA, one must remember that “not all that glitters is gold” and, so, also this method shows drawbacks.

Regardless of the strong critics posed by the OECD to FA, the awareness of this Organization in what regards its claimed benefits, as stated by the Guidelines, is by itself

¹¹² European Commission, 2005, p. 9.

¹¹³ Ting, 2013, pp. 33-34.

¹¹⁴ Avi-Yonah & Clausing, 2007, p. 12.

¹¹⁵ OECD, 2010a, para. 1.17.

¹¹⁶ We do not go as far as Rectenwald, by classifying the arm’s length principle as a “failure” (Rectenwald, 2012, p. 434).

¹¹⁷ Eden, 2009, p. 612 and OECD, 2010a, para. 1.25.

¹¹⁸ OECD, 2010a, para. 1.15.

remarkable¹¹⁹. The OECD refers that this method has been advocated on several fundamentals: the “administrative convenience” it should provide; the better alignment “with economic reality”, but also with “the business realities of the relationships among associated enterprises”; the inappropriateness of ALP to deal with “highly integrated groups”; and the decrease in “compliance costs for taxpayers”.

However, these arguments do not convince the OECD, since it continues to not consider formulary apportionment as “a realistic alternative to the arm’s length principle”¹²⁰.

The OECD’s reasoning in this matter mainly involves applicability issues, by expressing a “most significant concern (...) [related to] the difficulty of implementing the system in a manner that protects both against double taxation and ensures single taxation”.

Secondly, the OECD addresses the extreme difficult challenge of reaching common ground amongst all countries on an international predetermined formula. Needless to say, it raises a concern around the political and administrative complexity that such coordinated action would demand.

Thirdly, it mentions the arbitrariness that a predetermined formula would entail, causing the disregard of specific facts and circumstances, such as market conditions or geographical disparities.

Under the eye of the OECD, exchange rates may also be an obstacle for the implementation of FA.

Moreover, and against the doctrinal understanding, the OECD argues that FA would “present intolerable compliance costs and data requirements because information would have to be gathered about the entire MNE group and presented in each jurisdiction”. In our opinion, this argument is worthy of closer attention, since the BEPS Action Plan, namely Action 13¹²¹, along with the implementation of the country-by-country reporting, (already) leads to a significant increase in the compliance obligations of MNE groups. Therefore, we believe that the documentation requirements enforced under a FA context are already available (at least the bases) under the current international tax regime.

Finally, the OECD counter arguments that FA would be unsuitable for cases of intangible property valuation. Despite the undeniable difficulty to achieve accurate

¹¹⁹ OECD, 2010a, paras. 1.19 et seq.

¹²⁰ OECD, 2010a, paras. 1.21 et seq.

¹²¹ Reveals the OECD’s intention to “develop rules regarding transfer pricing documentation (...) [that] will include a requirement that MNEs provide all relevant governments with needed information on their global allocation of the income, economic activity and taxes paid among countries according to a common template” (OECD, 2013b, p. 23).

results in the field of intangibles, we believe that such determination could be done in accordance with the criterion of where R&D activities take place¹²².

At this point, one should recognize the greater effort of the OECD to present a more detailed list of obstacles to FA than a list of its merits.

Distortions may also arise under FA, as examined by Weiner, who alerts to the innermost relation between the factors and the firms' decisions in a context where profit allocation is made in accordance with firm-specific factors, being, therefore, capable of distorting corporate business decisions¹²³.

The Author also observes another negative key point, which is the possibility of adoption of two distinct approaches (ALP and FA) by two different countries. This would result in the lack of common ground to establish the necessary adjustments. Additionally, there would be a need on the part of both taxpayers and tax administrations to maintain experts in ALP, with all the costs and issues that such structure would entail¹²⁴.

Tax planning happens today on a regular basis, almost as a firm's ancillary activity. It would therefore be deceitful to believe that such phenomenon only happens within an ALP system. If, under a separate entities approach, tax planning assumes the form of an artificial profit shift through internal price manipulation, under formulary apportionment it would likely be undertake a manipulation of the factors' location, such as payrolls or assets¹²⁵.

Despite the flaws that FA may prove to have, its merits are normally analysed by contrast to ALP.

Advocates of this standard sustain that a shift of paradigm would be justified on several grounds¹²⁶. The most important argument is considered to be the correction of the structural flaw of ALP, by treating MNEs as a single unity and thereby reflecting the synergetic advantages of a modern integrated globalized reality. However, if we bear in mind the teachings of Weiner, we have serious doubts regarding the allegations that FA would prevent tax planning from being facilitated¹²⁷ through a contractual allocation of functions, risks and intangibles, and, furthermore, that it would reduce administrative burdens.

¹²² Avi-Yonah, 2013, p. 3.

¹²³ Weiner also mentions the existence of a direct and indirect effect caused by the distortion: the first concerns the effective taxation of the factor; whereas the second respects the variation of the tax rate in a certain jurisdiction when compared to the average tax rate of the other jurisdictions (Weiner, 2002, p. 525).

¹²⁴ Weiner, 2002, p. 529.

¹²⁵ Weiner, 2002, pp. 527-528.

¹²⁶ Wittendorff, 2011, p. 248.

¹²⁷ "MNEs would have to allocate the taxes by a formula that is based on easy-to-observe and difficult-to-manipulate factors" (Avi-Yonah & Benshalom, 2011, p. 390).

Differently from a separate approach, FA does not rely on “economic studies that try to ‘estimate’ arm’s length prices in the absence of meaningful benchmarks”, i.e., due to tax liabilities based on the multinational groups’ global income. There is no need to find comparable transactions amongst independent parties¹²⁸, nor to consider the internal transactions that occur within the associated members of the group.

It is precisely the ALP’s lack of connection with economic substance of intra-firm transactions that constitutes the cornerstone of FA.

The versatility of an allocation formula is also viewed as an advantage, since it “could be applied toward specific sources of MNE income”¹²⁹.

The combination of different countries’ international tax rules often leads MNEs to devote their time and resources to explore legal tax loopholes in a pursuit of tax incentives that may affect their economic decisions. Thus, designing an adequate and acceptable apportionment mechanism presents substantial political and cooperation problems. Considered the factors used in the formula and the impact that they would have on countries’ fiscal revenues under a FA system, it is possible to foresee the challenge to reach a consensus regarding the economic factors that should be included and their respective weight in the formula.

3.3.1. Why a destination sales-based formulary apportionment?

As we can see by examining the U.S. system, formulary apportionment traditionally uses three factors to allocate the corporate income: labour, assets and sales¹³⁰.

Considering this, the individual factors included in the formula will ascertain where the profits will be taxed, therefore creating “an implicit tax on the factors”¹³¹.

Naturally, it should be noted that introducing factors such as labour or assets would have the effect of discouraging the in-state location of property and employment. Based on this major concern that reaches an economic and social level, preference should be given to the sales factor to quantify the economic activity.

Moving away from an unsuitable arm’s length standard, a destination sales-based formula would implement a far simpler regime that would only be focused on the demand side.

¹²⁸ Avi-Yonah, Clausing & Durst, 2009, p. 511.

¹²⁹ Avi-Yonah & Benshalom, 2011, p. 380.

¹³⁰ The use of a formula that “comprise[s] three equally weighted factors (labour, assets and sales)” is also proposed by the European Commission (European Commission, 2011, p. 14).

¹³¹ Avi-Yonah & Clausing, 2007, p. 12.

Furthermore, sales are a realistic element, meaning that corporations would have less room “to undertake tax avoidance strategies (...) since [they] have no control over where customers are located”¹³².

Multinational corporations are created in order to achieve highly profitable results, thus, even in high-tax jurisdictions, companies will have a strong motivation to sell.

Finally, from a political angle, countries may consider the adoption of a destination sales-based formula with the purpose of preserving the elements of labour and assets that otherwise would be attracted to countries where these factors are not included in the formula¹³³.

3.4. Formulary apportionment in the EU: Common consolidated corporate tax base

Since the Ruding Report, in 1992, the European Commission has been “searching for a more effective basis for corporate taxation” within the European arena¹³⁴.

The idea of a new strategy for EU company tax policy started to become more than just a whisper in 2001, with a proposal presented by the European Commission.

It is stated by the Commission that a “comprehensive approach” based on a consolidated corporate tax base for European activities would be more appropriate to deal with the majority of tax obstacles to Single Market than a “piecemeal approach”¹³⁵.

It is important to mention that the initial proposal of the Commission has identified four “technical possibilities” for a consolidation taxation: home state taxation; common consolidated corporate base taxation; EU corporate income tax; and a compulsory harmonized tax base¹³⁶.

The merits of such proposal soon started to be pointed: arm’s length transfer pricing was no longer needed for tax purposes; tax-based distinctions between members would disappear; cross-border mergers would not incur in adverse tax consequences; and cross-border loss offset would automatically occur¹³⁷. There was a general and strong conviction that this was the way to achieve a “greater efficiency, effectiveness, simplicity and transparency (...) [and thereby] to reap the full benefits of the Internal Market”¹³⁸.

¹³² Avi-Yonah, Clausing & Durst, 2009, p. 538.

¹³³ It would be in “countries’ economic interest to avoid the implicit tax on assets and payroll that is embedded in a formula that relies excessively on these two factors” (Avi-Yonah, Clausing & Durst, 2009, p. 510).

¹³⁴ Picciotto, 2012, p. 15.

¹³⁵ European Commission, 2001, p. 41.

¹³⁶ European Commission, 2001, p. 16.

¹³⁷ Weiner, 2002, p. 520.

¹³⁸ European Commission, 2001, p. 16.

Detailed work started to be formally developed in 2004 by a working group until 2008¹³⁹. In 2011, and as response to the Euro crisis, the Commission published a Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)¹⁴⁰, which is highlighted as “an important initiative on the path towards removing obstacles to the completion of the Single Market”¹⁴¹.

Under the proposal of CCCTB, a set of common rules would be defined for all participating members for determination of the corporate tax base, on a consolidated basis for all the members of the corporate group (a common European tax base). The Member State where the corporation was headquartered would be responsible for the administration of the (common) tax base. Profits would then be apportioned amongst the participating states according to a pre-established sharing mechanism based on a formula, and would be taxed according to their national tax rates¹⁴². The general apportionment formula would comprise three equally weighted factors (labour, assets and sales).

While the consistency of the national tax regimes is guaranteed by the common approach, tax rates would not be harmonized, expressing the Commission awareness towards the importance of states’ sovereignty on fiscal matters. Hence, Member States will continue to preserve the power to define their own tax rates, in line with the assumed objective of a “fair tax competition (...) [that considers] their market competitiveness and budgetary needs”¹⁴³.

With respect to transfer pricing, the Commission makes a statement that is, in our opinion, applaudable, by recognizing the use of the arm’s length approach as “[a] key obstacle [for] the single market”. The Commission continues, stating that “the way that closely-integrated groups tend to organize themselves strongly indicates that transaction-by-transaction pricing based on the ‘arm’s length’ principle may no longer be the most appropriate method for profit allocation”¹⁴⁴, and therefore, internal transactions are to be disregarded.

The CCCTB assumes the goal of “tackl[ing] some major fiscal impediments to growth in the Single Market (...) [namely] over-taxation and double taxation, (...) administrative burdens and high tax compliance costs”¹⁴⁵. The allowance for a single

¹³⁹ Picciotto, 2012, p. 15.

¹⁴⁰ The Commission assumes the goal of “tackl[ing] some major fiscal impediments to growth in the Single Market (...) [namely] over-taxation and double taxation, (...) administrative burdens and high tax compliance costs” (European Commission, 2011, p. 4).

¹⁴¹ European Commission, 2011, p. 4.

¹⁴² Weiner, 2002, p. 521 and European Commission, 2011, p. 8.

¹⁴³ European Commission, 2011, p. 4.

¹⁴⁴ European Commission, 2011, p. 4.

¹⁴⁵ European Commission, 2011, p. 4.

compliance of a single set of rules in a single State creates the tax environment of a “one-stop-shop”.

3.4.1. The viability of the Proposal

The word “consolidated”, present in the CCCTB acronym, is a living proof of the EC’s ambition to take a major step towards a fundamental tax reform in Europe. In accordance with art. 115 TFEU and the principles of subsidiary and proportionality, the Proposal falls within the EU competence to stipulate legal measures of approximation that can affect the completion of the Internal Market¹⁴⁶.

As already mentioned, several advantages can be related to this proposal which appears to be a “dream come true” for MNEs and for the achievement of a full-fledged Single Market.

However, it is crucial to have a complete overview of the effects and implications that a change to formulary apportionment in the EU could promote.

At the heart of CCCTB lays the mechanism of sharing the consolidated tax base between Member States. Such approach is an absolute contrast from a profit determination based on an arm’s length standard and, as concluded by the EC, the results are of difficult assessment¹⁴⁷.

The fact that the Proposal is only applied to purely internal situations, namely to the members of the corporation which are resident in Member States, is frequently pointed as a major limitation¹⁴⁸. Consequently, the relations with non-EU entities will continue to employ an arm’s length approach.

As Picciotto notes, the main advantage of a unitary approach is therefore affected (at least, partially), since “it allows TNCs to exclude intermediary entities which they use for tax avoidance, including those located in [tax] havens”¹⁴⁹. In our opinion, and in line with Riedel & Runkel¹⁵⁰, the concern for a potential increase of profit shifting to tax havens that have their location outside the EU is justified as a harmful effect derived by CCCTB.

In this regard, Picciotto suggests that a better approach “would be to require submission of a worldwide combined report”¹⁵¹. Although we admit that this would be an ideal solution for most of the current tax problems, we have serious doubts regarding the

¹⁴⁶ European Commission, 2011, p. 9.

¹⁴⁷ “In fact, the impact [of CCCTB] on the revenues of Member States (...) is difficult to predict” (European Commission, 2011, p. 9).

¹⁴⁸ Picciotto, 2012, p. 15.

¹⁴⁹ Picciotto, 2012, p. 15.

¹⁵⁰ Riedel & Runkel, 2007, p. 1534.

¹⁵¹ Picciotto, 2012, p. 15.

feasibility of this suggestion, which would likely prove to be unrealistic from a political perspective.

The EC mentions that the Proposal, “as an optional system, represents the most proportionate answer to the identified problems”¹⁵². One must consider that a stipulation of optional nature will always create the need for “two parallel systems running at the same time”¹⁵³ – the proposed new system (based on unitary taxation) and the existing national rules (based on separate entity taxation). Naturally, “tax administrations will have to manage two distinct tax schemes”, a fact that the EC perceives is “compensated” by other advantages¹⁵⁴. The question that should be posed is whether the compliance and costs created by the coexistence of two different systems outweighs the current cost element.

However, the 2016 Proposal has already (partially) mitigated this problem, stating that CCCTB “would be mandatory for groups of companies beyond a certain size, namely those with a consolidated turnover exceeding €750 million”¹⁵⁵, remaining optional for the rest of companies.

In today’s economy, intangible assets play a significant role; therefore, ignoring this major profit driver is likely to cause arbitrary and unreliable results. However, this was not the Commission’s understanding, since it considered that “[i]ntangibles should be excluded from the formula due to their mobile nature and the risks of circumventing the system”¹⁵⁶.

According to Röder, the arguments presented by the EC that “intangibles are indirectly included in the apportionment formula via researchers’ salaries and research assets” are not meaningful and present no correlation with the real “value of intangible assets actually generated”¹⁵⁷.

The possibility to include acquired intangible assets with reference to the historical cost is not compatible with self-generated intangibles, which would require an annual evaluation with reference to a fair market value – it is likely that a feasible evaluation would not be obtained at an acceptable cost¹⁵⁸. In addition, a solution that only excludes self-generated intangibles would be considered as clearly arbitrary.

We agree with Röder when he claims that the exclusion of intangibles from the formula is “problematic”. While the risks of tax planning opportunities and tax

¹⁵² European Commission, 2011, p. 10.

¹⁵³ Haskic, 2009, p. 12.

¹⁵⁴ European Commission, 2011, p. 6.

¹⁵⁵ European Parliament, 2016, retrieved from [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/599395/EPRS_BRI\(2017\)599395_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/599395/EPRS_BRI(2017)599395_EN.pdf).

¹⁵⁶ European Commission, 2011, p. 14.

¹⁵⁷ Röder, 2012, p. 133.

¹⁵⁸ Temme, Sporken & Okten, 2011, p. 329.

compliance can be held as a valid justification, we are not so sure about the mobility argument presented by the Commission.

Furthermore, we are far from being convinced by the Commission's explanation that CCCTB would decrease the distorting effects of an unfair tax competition within the Internal Market.

If, on the one hand, a consolidated and uniform tax base creates transparency, on the other hand, an intensification of tax rate competition appears as a realistic scenario¹⁵⁹, raising the concern for a tax "race to the bottom". A survey made by KPMG demonstrates the disparity between effective corporate tax rates amongst EU Member States¹⁶⁰. Attention should be paid to examples such as France and Ireland¹⁶¹ as opposite tax realities within the same economic zone.

Finally, once the apportionment of the consolidated tax base is determined by the CCCTB formula, the included factors (equally weighted in the formula) will naturally be considered for tax planning opportunities¹⁶².

The allocation factors will exercise a direct influence on the company's profit, as well as on the payable tax in each Member-State. Therefore, strategic decisions related to the factors (especially labour and assets) will be dependent on the formula used, which leads to distortions since the apportionment will not be made in an accurate way. For example, "there would be an incentive to outsource activities in high tax countries [so] associated assets and workforce would be eliminated from the asset and labour factor"¹⁶³.

3.5. A clash between two realities: formulary apportionment vs. arm's length principle

Initially, the creation of ALP was based on the necessity to encounter international profit distortions and to avoid double taxation. Yet, the world in which it was implemented has been changing continuously, giving rise to an utmost concern expressed by several tax experts and "economists [that the] arm's length principle is contrary to economic reality". In fact, this is acknowledged as a structural problem of the method since it assumes "that every subsidiary and permanent establishments within a group is a separate entity which conducts trade under free-market conditions with entities in the group"¹⁶⁴.

¹⁵⁹ Mayer, 2009, p. 265.

¹⁶⁰ KPMG, "Corporate tax rates table", retrieved from <https://home.kpmg.com/xx/en/home/services/tax/tax-tools-and-resources/tax-rates-online/corporate-tax-rates-table.html>.

¹⁶¹ Indeed, the CCCTB may reveal to be detrimental for countries that assume a politically and economically competitive tax rate.

¹⁶² Haskic, 2009, p. 9.

¹⁶³ Röder, 2012, p. 135.

¹⁶⁴ Hamaekers, 2001, p. 22.

Integrated organizations and global trade are reflective of multinationals' pursuit for a profit maximization – that may include deceptive tax planning schemes to shift profits towards more attractive jurisdictions.

The fact is that ALP is frequently pointed as a powerless method to capture the real purpose of economies of scale and scope perpetrated by large corporations. It is precisely this difficulty in applying the ALP to global financial trading that constitutes a major argument in benefit of a unitary approach.

Additionally, when compared to the current standard, a FA method would provide a decrease in the administrative burden and compliance costs for both tax authorities and taxpayers, due to an apportionment based on internal available data.

Despite the criticisms, the ALP is still regarded as a reliable solution for situations where independent market prices are easily observable¹⁶⁵, or the degree of interconnection established between the members of a MNE is not considered a paramount element.

However, arm's length pricing depends on markets. Hence, its vulnerability is exposed when “no sufficiently-established market for unrelated-party transactions exists”¹⁶⁶, or a significant number of intra-group relations makes it nearly impossible to administer.

As a threat to the fiscal system sustainability, tax advantages of tax havens would probably be eliminated by a well-designed FA system “without the need for complex, difficult-to-administer [rules]”¹⁶⁷. Indeed, the ability to manipulate transfer prices with the purpose to shift profits to low-tax jurisdictions would be prevented, since FA assumes a unitary entity determination that comprehends all the affiliates involved in a unitary business. This directly addresses the issue of inter-nation tax equity, by “allowing weaker and smaller countries to obtain their fair share of tax revenue [as it decreases] the risks of harmful tax competition”¹⁶⁸.

Another field where the arm's length approach has been showing tremendous difficulties to cope with, and that can be clearly pointed as one of its “Achilles heel”, refers to transactions of intangible assets.

Once again, it is important to remember the fact that these types of operations are not frequently undertaken by independent enterprises. Thus, the absence of clear market benchmarks in conjunction with highly integrated corporate structures precludes the determination of an arm's length result.

¹⁶⁵ Avi-Yonah & Benshalom, 2011, p. 385.

¹⁶⁶ Kofler, 2013, p. 647.

¹⁶⁷ Arnold & McIntyre, 2002, p. 79.

¹⁶⁸ Arnold & McIntyre, 2002, p. 79.

In the current economic reality, MNEs “exist because of their competitive advantages, foremost their [development and] control of unique technology [and intangible values]”^{169 170}.

Given the OECD’s inability to overhaul the current system, some Authors have mentioned the possibility of a (reasonable) middle ground solution that consists in a conjunction of the two methods¹⁷¹ – the adoption of formulary apportionment in the context of the arm’s length principle instead of replacing the arm’s length principle with formulary apportionment.

Notwithstanding the advantages of the profit-split method, which uses comparables to allocate the return on routine functions, it often leaves a residual. This may represent an opportunity to introduce, in the actual context, a formula that allocates the residual¹⁷²; perhaps, this could be a solution for “hard-to-measure intangibles”¹⁷³.

In the eyes of several tax experts, “the arm’s length principle and formulary apportionment should not be seen as polar extremes; rather, they should be [contemplated] as part of a continuum of methods ranging from CUP to predetermined formulas”¹⁷⁴.

Regardless of the scepticism around FA, mostly for political reasons, it is almost unanimously acknowledged that changing towards a unitary basis could guarantee a more intimate alignment between international tax systems and economic reality and thus, enhance its legitimacy and effectiveness.

The fallacy that it is possible to identify or quantify the income that could be earned by any of the component members would give rise to the assumption that the income of a corporation is earned by that corporation as a whole.

As Avi-Yonah and Benshalom refer, “[p]erfect solutions are hard to come by, [therefore] waiting for them [is just] an extremely unattractive policy trajectory”¹⁷⁵. It is certain that FA has its own struggles, although we tend to agree with Picciotto when he refers that “these are minor compared to the problems it would eliminate”¹⁷⁶.

¹⁶⁹ Picciotto, 2012, p. 8.

¹⁷⁰ Cost Contribution Arrangements also represent a valuable tool for the collective development of new intangibles. Every company is risk-averse, therefore, with these agreements’ costs, revenues and risks are shared in proportion to the contribution of each participating member. Naturally, the expected result are lower risks and higher results.

¹⁷¹ Bruaner, 2014; Avi-Yonah, 2009; Avi-Yonah & Benshalom, 2011.

¹⁷² Since we are discussing a “residual formula”, the base would already be defined by the arm’s length principle and would therefore be in accordance with treaties and manageable within the scope of art. 9 OECD MTC.

¹⁷³ Brauner, 2014, p. 99.

¹⁷⁴ Arnold & McDonnell, 1993, p. 1381. The same idea is stated by Arnold & McIntyre, 2002; and Kofler, 2013. Indeed, pricing methodologies such as the profit-split method or TNMM seem to be closer to formulary apportionment than to the arm’s length principle.

¹⁷⁵ Avi-Yonah & Benshalom, 2011, p. 381.

¹⁷⁶ Picciotto, 2012, p. 10.

3.5.1. The particular case of European Union

The question of whether FA, as a method which seeks to determine where the real source of income is geographically located, should be introduced in the EU has been raised by several academics and policymakers.

Notwithstanding the experience of nearly a century of combined reporting, we are far from convinced that the U.S. system would provide a considerable base of support for a transition from ALP to unitary taxation within the EU. As stated by Röder, “[a]t the current state of integration, the EU is not comparable to a federal state as regards its financial constitution (...) [since] Member States [still] retain a much higher degree of fiscal sovereignty”¹⁷⁷.

Indeed, we believe that this is a deeper and more fundamental question. When compared to the U.S., the EU does not share the same homogeneity amongst its Member States, and this goes even beyond the economic factor, as the cultural and social contrast reveals a lack of uniformity¹⁷⁸.

Considering the diversity and the disparity of economic interests, it is possible to anticipate the difficulty in reaching a consensus about the factors that should be included in the apportionment formula and their respective weight.

Although, as the European economy becomes more integrated, cooperation increases between Member States and companies gradually operate on a EU basis, “[t]he CCCTB would probably suit a region such as the EU [better] than an arm’s length framework”¹⁷⁹.

We truly believe that, if modified and properly established, the CCCTB is most likely to undertake a role of major importance “in the fight against both major types of international tax avoidance, the use of tax havens and transfer pricing”¹⁸⁰, whilst increasing a fair and efficient corporate taxation.

Moreover, in a reality where multinational corporations do not quite belong to any jurisdiction, the implementation of the CCCTB in Europe would grant, in the words of Avi-Yonah, “a good working example in the context of high tax jurisdictions”¹⁸¹, and

¹⁷⁷ Röder, 2012, p. 150.

¹⁷⁸ It is important to perceive that EU citizens do not recognize the Community interests as their own (or national) interests. This issue was addressed by Donald Tusk, President of the European Council, at the event marking the 40th anniversary of the European People Party (EPP) in 2016. Retrieved from <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/05/30-pec-speech-epp/>.

¹⁷⁹ Haskic, 2009, p. 15.

¹⁸⁰ Picciotto, 2012, p. 16.

¹⁸¹ Avi-Yonah, 2013, p. 3.

could, therefore, contribute to “clear the path” for a transition from the ALP system to unitary taxation within the OECD members.

Conclusion

Transfer pricing is not an exact science, and the context where these operations occur can be unique in their form and nature.

Not only have advances in information and communications technology changed the traditional business processes forever, they have also contributed to a remarkable innovation across all sectors of economy, allowing “centralized management of geographical dispersed groups”¹⁸² to be an actual reality.

Internationally integrated operations are placed in the centre of a new economic business stage, where comparables between independent enterprises (that frequently do not even exist) are incapable of providing a reliable benchmark for the evaluation of complex intra-firm transactions.

The vulnerability of the actual transfer pricing regime is even more exposed if one considers the challenges that intangibles and tax havens represent to the separate accounting system, creating an enormous range of opportunities for tax avoidance.

Following the line of Rectenwald, “[i]t is clear that transfer pricing using ALS as a mechanism for allocating the income of MNEs is broken and unsustainable in its administration and for the purposes of revenue collection”¹⁸³.

Considering the reality of an increasingly global world, the weaknesses and conceptual flaws of the current system become undeniable. Therefore, we disagree with Schoueri’s opinion that it would be reckless to “[give] away a half-century experience on the application [of the arm’s length principle]”¹⁸⁴.

As the bulk and sophistication of associated transactions rises, the persistence for a separate approach becomes unacceptable. Perhaps it is time to face that the ALP has failed to keep pace with the changes in global economy.

Against this background, the need to address tax planning strategies that allow large corporations to shift profits from high-tax jurisdictions where economic activity and real value creation occurs to low or no-tax jurisdictions still remains.

An alternative to the arm’s length standard which is strongly suggested by academics is formulary apportionment, as a method based on true and readily determinable economic factors. Such system, if well-designed, would be able to eliminate

¹⁸² Avi-Yonah, 2009, p. 8.

¹⁸³ Rectenwald, 2012, p. 448.

¹⁸⁴ Schoueri, 2015, p. 703.

several problems that currently “haunt” the arm’s length principle, as it would assure an inter-nation equity (desirable for developing countries and emerging economies).

The scenario of a unitary taxation is heavily present on the EU agenda, as a system that would make a sizeable contribution to full accomplish the ideal of an Internal Market and a complete economic integration amongst Member States – this is possibility even more seriously considered if the argument of the Euro crisis is summoned into the discussion.

However, political challenges such as the sovereignty issue may present a problem to reach an agreement. If adoption of a consolidated base taxation with formula apportionment is actually decided, further discussions will have to take place between countries in order to agree on two points: the definition of the formula and the definition of the factors included in the formula and their respective weight on the allocation of profits between Member States.

Either way, the fact that the European Commission has decided to walk a different path from the one recommended and accepted by the OECD is already remarkable.

Recalling the initially referred research question, “Is the Arm’s Length Principle the most efficient method to determine transfer prices and to solve the problems related to the allocation of profits amongst different tax jurisdictions? What are the alternatives, and will they perform better than the current method?”, and considered the state of art, we conclude that both tax approaches exhibit several strengths and drawbacks. Therefore, even though there is no unanimously accepted alternative that would be capable of rectifying all the current tax problems related to transfer pricing, it is important to recognize the existent growing consensus about the necessity for further harmonization in the field of corporate income taxation and for the achievement of a more appropriate solution.

Finally, the international community appears to regard with expectation what EU’s next step on this matter will be, as well as the respective impact of such decision, before they consider the possibility of introducing a change.

References

AD HOC GROUP OF EXPERTS ON INTERNATIONAL COOPERATION IN TAX MATTERS. (2001). *Transfer pricing, history, state of the art, perspectives*. Geneva.

AD HOC GROUP OF EXPERTS ON INTERNATIONAL COOPERATION IN TAX MATTERS. (2010). *Transfer pricing, history, state of the art, perspectives*. Geneva.

ADAMS, T. S. (1917). The taxation of business. *Proceedings of the Eleventh Annual Conference on Taxation – National Tax Association*.

ARNOLD, B. J. & MCDONNELL, T. E. (1993). Report on the invitational conference on transfer pricing: The allocation of income and expenses among countries. *Canadian Tax Journal*, vol. 41, no. 5, pp. 899-922.

ARNOLD, BRIAN J. & MCINTYRE, M. J. (2002). *International tax primer*, 2nd Edition. Kluwer Law International.

ASAKAWA, M. (s.d.). Transfer pricing in the new global landscape: The OECD's engagement beyond its borders. *OECD Committee on Fiscal Affairs*. Retrieved from http://www.oecd.org/tax/tax-global/Japan_TP_in_new_Global_Landscape.pdf.

AVI-YONAH, R. S. (2009). Between formulary apportionment and the OECD Guidelines: A proposal for reconciliation. *Law & Economics Working Papers*, art.102.

AVI-YONAH, R. S. (2013). Back from the dead: How to revive transfer pricing enforcement. *Law and Economic Working Papers*, art. 85.

AVI-YONAH, R. S. & BENSHALOM, I. (2011). Formulary apportionment – Myths and prospects. *World Tax Journal*, vol. 3, no. 3.

AVI-YONAH, R. S. & CLAUSING, K. A. (2007). Reforming corporate taxation in a global economy: A proposal to adopt formulary apportionment. *The Brookings Institution*.

AVI-YONAH, R. S., CLAUSING, K. A. & DURST, M. C. (2009). Allocating business profits for tax purposes: A proposal to adopt a formulary profit split. *Florida Tax Review*, vol. 9, no. 5.

BAKER, P. (2013). Is there a cure for BEPS? *British Tax Review*, no. 5.

BRAUNER, Y. (2014). What the BEPS. *Florida Tax Review*, vol. 16, no. 2.

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. (2001). Company Taxation in the Internal Market, *COM(2001) 582 final*.

EDEN, L. (2009). Taxes, transfer pricing, and the multinational enterprise. *Oxford Handbook of International Business*, chapter 21.

EUROPEAN COMMISSION. (2001). Towards an Internal Market without Tax Obstacles, A Strategy for Providing Companies with a Consolidated Corporate Tax Base for their EU-wide activities. *COM(2001) 582 final*.

EUROPEAN COMMISSION. (2005). Formulary Apportionment and Group Taxation in the European Union: Insights from the United States and Canada. *Working Paper*, no. 8, Luxembourg.

EUROPEAN COMMISSION. (2011). Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB). *COM(2011) 121/4*.

ERNST & YOUNG (2017). OECD releases 2017 transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations. *EY Global Tax Alert Library*.

HAMAEKERS, H. (2001). Arm's length – how long. *International Transfer Pricing Journal*, vol. 8, no. 2.

HASKIC, N. (2009). The arm's length principle and the CCCTB: Solutions to transfer pricing issues for individual countries and the European Union. *Revenue Law Journal*, vol. 19, issue 1, art. 6.

KOFLER, G. (2013). The BEPS action plan and transfer pricing: The arm's length standard under pressure? *British Tax Review*, no. 5, Sweet and Maxwell.

LANG, M. (2001). *Tax treaty interpretation*. Kluwer Law International.

LEAGUE OF NATIONS. (1935). Report to the Council on the First Session of the Committee.

MARKHAM, M. (2005). *The transfer pricing of intangibles*. Kluwer Law International.

MAYER, S. (2009). *Formulary apportionment for the internal market*. Doctorial Series, vol. 17, IBFD.

MORAIS, R. D. (2006). Sobre a noção de cláusulas antiabuso em direito fiscal. In *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*. Coimbra: Coimbra Editora.

MORSE, S. C. (2010). Revisiting global formulary apportionment. *Virginia Tax Review*, vol. 29.

MULTISTATE TAX COMMISSION. (2011). Proposed model statute for combined reporting.

NEIGHBOUR, J. & OWENS, J. (2002). Transfer pricing in the new millennium: Will the arm's length principle survive? *George Mason Law Review*, vol. 10, no. 4.

OECD. (2006). Report on the Attribution of Profits to Permanent to Permanent Establishments, Parts I, II, and III.

OECD. (2008). Transactional Profit Methods, Discussion for Public Comment.

OECD. (2010a). Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations.

OECD. (2010b). Review of Comparability and of Profit Methods: Revision of Chapters I-III of the Transfer Pricing Guidelines.

OECD. (2013a). Addressing Base Erosion and Profit Shifting.

OECD. (2013b). Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting.

OECD. (2015a). OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project – 2015 Final Reports, Executive Summaries.

OECD. (2015b). OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project – 2015 Final Reports, Information Brief.

OECD. (2015c). Explanatory Statement, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project.

OECD. (2017a). Inclusive framework on BEPS – Progress Report July 2016- June 2017.

OECD. (2017b). Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations.

PICCIOTTO, S. (1992). *International business taxation: A study in the internalization of business regulation*. Cambridge University Press.

PICCIOTTO, S. (2012). *Towards unitary taxation of transnational corporations*. Tax Justice Network.

RECTENWALD, G. (2012). A proposed framework for resolving the transfer pricing problem: Allocating the tax base of multinational entities based on real economic indicators of benefit and burden. *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 22.

RIEDEL, N. & Runkel, M. (2007). Company tax reform with a water's edge. *Journal of Public Economics*, vol. 91, issue 7-8.

RÖDER, E. (2012). Proposal for an enhanced CCCTB as alternative to a CCCTB with formulary apportionment. *World Tax Journal*, vol. 4, issue 2.

RUITER, M. de (2012). Overview of the OECD work on transfer pricing. Written contribution to the Conference "Alternative Methods of Taxation of Multinationals". Helsinki – Finland, OECD.

RUSSO, A. & BOYKIN, R. (2008). OECD developments on comparability and profit methods. *Tax Planning International Transfer Pricing*, BNA International.

SAINT-AMANS, P. (2014). Tax: It's all about trust. *OECD Yearbook 2014*, OECD.

SCHÖN, W. (2011). Transfer pricing, the arm's length standard and European Union law. *Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance*, Working Paper No. 2011-08.

SCHOUERI, L.E. (2015). Arm's length: Beyond the guidelines of the OECD. *Bulletin for International Taxation*, vol. 69, no. 12.

TEMME, M., SPORKEN, E. & OKTEN, R. (2011). Why reinvent the wheel in the European Union? The common consolidated tax base proposal. *International Transfer Pricing Journal*, vol. 8, no. 5.

TING, A. (2013). *The taxation of corporate groups under consolidation: An international comparison*. Cambridge University Press.

UNITED NATIONS, Department of Economic & Social Affairs. (2013). *Practical manual on transfer pricing for developing countries*. New York.

WEINER, J. M. (2002). Would introducing formula apportionment in the European Union be a dream come true or the EU's worst nightmare? *Zeitschrift für empirische Wirtschaftsforschung*.

WITTENDORFF, J. (2010). *Transfer pricing and the arm's length principle in international tax law*. Kluwer Law International.

WITTENDORFF, J. (2011). The arm's length principle and fair value: Identical twins or just close relatives? *Tax Notes International*.



CATOLICA
FACULDADE
DE DIREITO

ESCOLA DO PORTO



CATOLICA
RESEARCH CENTRE
FOR THE FUTURE OF LAW

PORTO

www.uceditora.ucp.pt