

YEARBOOK

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

VOL. 2

(2019)

DIGITAL

[coordenação] RAQUEL CARVALHO / CATARINA SANTOS BOTELHO



PORTO



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

Vol 2 (2019)

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 / Margarida Baldaia / Olímpia Loureiro

Data da edição · outubro de 2020

Tipografia da capa · Prelo Slab / Prelo

ISBN · 978-989-8835-94-9

ÍNDICE GERAL

O abuso institucional de idosos. A responsabilidade penal das pessoas coletivas por crimes cometidos contra bens jurídicos individuais

Ana Luísa da Silva Albino

A suspensão da execução da pena de prisão e os crimes sexuais

Ana Rita Lopes Costa Fidalgo Fernandes

A tutela do interesse da vítima no processo penal por crime de violência doméstica

Ana Rita da Silva Fernandes de Freitas

A problemática da responsabilidade da sociedade-mãe por condutas antitrust perpetradas pelas sociedades subsidiárias

Antónia Ferreira Fontes de Almeida

O encerramento do processo de insolvência na exoneração do passivo restante

António Conde Lencastre

Marcas não tradicionais. O desprender da era do papel: o requisito da representação em análise

Catarina Filipa Azevedo Fernandes

O caso McDonald's: Explorando os limites da proibição de auxílios de Estado na luta contra o planeamento fiscal internacional

Cátia Sofia Reis Andrade

Direito ao Esquecimento – Um direito criado ex novum pelo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados?

Gabriela Moreira Sá

Deficiências do artigo 164.º do Código Penal à luz da Convenção de Istambul. Consentimento versus Constrangimento

Gil Duarte Miranda Ribeiro

A Responsabilidade Penal das Pessoas Coletivas no confronto com os artigos 137.º e 148.º do Código Penal – Âmbito do artigo 11.º do Código Penal

Isabel Cristina Pinto Amorim

O quórum constitutivo e a sua influência na capacidade para deliberar da Assembleia Geral

Joana Cunha Proença Garcia

A questão da identificação dos grupos no crime de genocídio

Joana Nina Fernandes de Pinho Valente

Proteção jurídico laboral contra o assédio. Algumas considerações à luz da Lei n.º 73/2017, de 16 de agosto

João Lencastre de Faria

Aliciamento ao homicídio: ainda instigação? A responsabilidade criminal pela tentativa fracassada de instigação

João Pedro Araújo Monteiro

IVA – Direito à dedução e seus requisitos. A formalidade na substância e a substancialidade na forma

Maria Augusta de Andrade Lopes

O problema da discriminação inversa no Direito da União Europeia. Uma abordagem jurisprudencial

Maria Francisca Coelho de Carvalho

De protagonistas e gestores a responsáveis cívicos. A propósito da greve ilícita e da responsabilidade civil de piquetes e sindicatos

Maria Inês Bravo Dinis Tejo

A educação para o Direito nos Centros Educativos: em especial, o regime dos prémios e das medidas disciplinares

Maria Negrão Meneses Burmester Malheiro

O crime de trato sucessivo

Mariana Mendes Domingues

A importância da reparação do dano para o Direito Penal

Nídia de Jesus Andrade Moreira

A substituição de grevistas: Da hermenêutica da proibição de substituição no âmbito dos conflitos coletivos

Rafael de Sousa

A dedução de prejuízos fiscais. Uma perspetiva de política fiscal no âmbito da tributação consolidada de grupos de sociedades

Sara Oliveira de Brito Rodrigues Cardoso

Considerações jurídicas em torno dos crimes de pirataria e de terrorismo

Sara Gonçalves Lúpi Marques Mogo

A Diretiva n.º 2017/1852. Um novo paradigma na resolução alternativa de litígios em matérias fiscais dentro da EU

Sofia Raquel Sá Gonçalves

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

Assim, desde o ano passado e doravante, serão publicadas, a cada ano, as melhores dissertações de mestrado cujas provas se tenham realizado até ao dia 8 de dezembro do ano civil anterior. Esta divulgação permite partilhar investigação de qualidade com a demais comunidade científica e jurídica e com a sociedade civil, constituindo, ainda, um incentivo para a qualificação da investigação dos mestrados em Direito e em Direito e Gestão.

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

Fica o reconhecido agradecimento ao trabalho minucioso e dedicado da Dra. Isabel Ferreira.

Porto, outubro de 2020

Raquel Carvalho
Catarina Santos Botelho

O abuso institucional de idosos

A responsabilidade penal das pessoas coletivas por crimes cometidos contra bens jurídicos individuais

Ana Luísa da Silva Albino

Sob a orientação da
Professora Doutora Maria Paula Ribeiro de Faria

Agradecimentos

Aos pilares, amparo incondicional, a quem devo o que sou e tudo o que consegui, Mãe, Pai, Avós e Avôs, *ab imo corde*, o meu eterno obrigado.

Aos meus, de sempre e de agora, que longe ou perto acompanham e firmam, a minha imensa gratidão pela motivação, companheirismo e força.

À *Professora Doutora Paula Ribeiro de Faria*, pela disponibilidade dispensada e saber transmitido, o meu profundo agradecimento.

Resumo

O aumento do número de pessoas idosas relativamente à população total tem-se tornado cada vez mais notório. Este envelhecimento populacional traz consigo inúmeros desafios sociais, sendo o abuso de idosos um deles. Este abuso pode suceder sob diversas formas e em vários contextos.

Nesta investigação discorremos sobre o abuso da pessoa de idade no meio institucional, incidindo sobre a responsabilidade penal da pessoa coletiva que assiste o idoso. Após a explanação dos conceitos essenciais, abordamos os modelos de imputação da responsabilidade penal à pessoa coletiva através da análise do quadro normativo vigente. Referimos ainda as condutas e os ilícitos imputáveis a estes entes e, por último, indagamos acerca da ampliação do âmbito da norma de incriminação.

Palavras-chave: Abuso institucional; pessoas de idade; idoso institucionalizado; responsabilidade penal das pessoas coletivas; culpa de serviço; violação de deveres de cuidado da organização; IPSS.

Abstract

The increase in the number of elders in relation to the total population has become progressively noticeable. This aging population carries numerous social challenges, elder abuse being one of them. This abuse can take place in several forms and in many contexts.

In this dissertation, we assess elder abuse in the institutional setting, focusing on the criminal responsibility of the legal person assisting the elders. Following the explanation of essential concepts, we approach criminal responsibility imputation models through the analysis of the current legal framework. Moreover, we refer the demeanors and offenses attributable to these entities and, lastly, we question the enlargement of the scope of the incrimination's standard.

Keywords: Institutional abuse; elders; institutionalized elders; corporate criminal responsibility; fault of service; violation of care duties of the organization; IPSS.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
AECA	Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas
Al.	Alínea
Anot.	Anotação(ões)
APAV	Associação de Apoio à Vítima
Art.º	Artigo
CC	Código Civil
Cfr.	Confrontar
CNECV	Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida
Coord.	Coordenação
CP	Código Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
DN	Despacho Normativo
<i>e.g.</i>	<i>exempli gratia</i>
Ed.	Edição
<i>et al.</i>	<i>et alii</i>
EUROPEAN	The European Reference Framework Online for the Prevention of Elder Abuse and Neglect
<i>i.e.</i>	<i>id est</i>
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
IPSS	Instituição(ões) Particular(es) de Solidariedade Social
N.º	Número
N.ºs	Números
NCEA	National Center on Elder Abuse
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
op. cit.	<i>opere citato</i>
p.	página
pp.	páginas
RCEJ	Revista do Centro de Estudos Judiciários
RFDUCP	Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa
RMP	Revista do Ministério Público
RPB:CB	Revista Portuguesa de Bioética: Cadernos de Bioética
RPCC	Revista Portuguesa de Ciência Criminal
RPSP	Revista Portuguesa de Saúde Pública
SCM	Santa Casa da Misericórdia
SMMP	Sindicato dos Magistrados do Ministério Público
TCHAA	The Cambridge Handbook of Age and Ageing
Trad.	Tradução

TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
UE	União Europeia
UMP	União das Misericórdias Portuguesas
UMRP	Unidade de Missão para a Reforma Penal
Vol.	Volume
§	Parágrafo(s)

Índice

I. Introdução	7
II. Conceitos introdutórios	8
1. A pessoa de idade	8
2. O abuso de idosos	9
a. Abuso individual	11
b. Abuso institucional	13
c. Abuso da coletividade	15
III. A responsabilidade penal da pessoa coletiva pelo abuso institucional de idosos	16
1. A imputabilidade jurídico-penal da pessoa coletiva	17
2. Condutas e ilícitos criminais imputáveis à pessoa coletiva	23
3. O alargamento do âmbito da norma de incriminação	26
IV. Considerações finais	29
V. Bibliografia	31

I. Introdução

O envelhecimento é considerado uma das maiores tendências e desafios do século XXI, estimando-se que, em 2050, a porção da população mundial com 60 anos ou mais tenha duplicado para 2 mil milhões¹, verificando-se, na demografia europeia, que 34% integram esta faixa etária².

Assistimos, assim, à metamorfose do *velho continente* num *continente velho*, através de um intenso processo de duplo envelhecimento demográfico causado pelo aumento da longevidade (“triunfo do desenvolvimento”³) aliado à diminuição da taxa de natalidade (onde atualmente se incluem todos os países da Europa⁴).

Esta *revolução grisalha*⁵ representa o surgimento de inúmeros reptos em diversas áreas estruturantes da coletividade, que exigem do Estado e da sociedade civil respostas eficazes e urgentes.⁶ Nas palavras de Wallace, “[o] tremor de terra da idade é gerador de alterações profundas nas mentalidades e nas instituições”⁷; estas transformações já se fazem sentir no nosso país⁸, com o aumento da pressão sobre os cofres do Estado provocado pelas despesas com a saúde, a assistência e as pensões. Contudo, as projeções indicam que estas modificações virão a evidenciar-se ainda mais, calculando-se que Portugal venha a ser o segundo país da UE com maior índice de dependência em 2050⁹.

Não obstante, esta irreversível reestruturação social não incita apenas novos contextos¹⁰, atribuindo outras proporções a fenómenos já existentes.

É o caso da violência e do abuso de idosos, que afetam todos os países europeus, alguns atingindo dimensões preocupantes¹¹.

Esta realidade (pouco percecionada devido às elevadas cifras negras¹²) sucede tanto no meio familiar, como no institucional e na sociedade onde o idoso se insere – *rectius*, se devia inserir, pois, hoje, um dos desafios mais proeminentes do Direito é esta inclusão da *pessoa velha*, sem conotação depreciativa, sem retirar tudo aquilo que lhe é próprio e com que pode contribuir¹³.

É precisamente no âmbito deste tão atual desafio do Direito (constituído, como veremos, por muitos outros), que nos debruçamos sobre a questão da tutela jurídico-penal do idoso, especificamente no contexto institucional, pois, apesar de as estruturas em equipamento serem a resposta social com maior procura em Portugal¹⁴, o nosso país é o “que tem piores condições para cuidar dos idosos”¹⁵.

¹ United Nations PF & Helpage I., 2012, pp. 3-4.

² United Nations DES/PD, 2017, p. 11.

³ Tecnológico, das condições de vida e da prática clínica (United Nations PF & Helpage I., 2012, p. 3).

⁴ United Nations DES/PD, 2017, p. 6.

⁵ Cabrillo & Cachafeiro, 1992, *A revolução grisalha* (apud Bárbara, 2007, p. 27).

⁶ Bárbara, 2007, p. 27; Faria, Oliveira & Simões, 2012, pp. 72-76.

⁷ Wallace, 2001, *Agequake* (apud Moura, 2006, p. 15).

⁸ Como aponta o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV, 2014, pp. 2-3).

⁹ Berlin Institute FPD, 2017, p. 29.

¹⁰ CNECV, 2014, pp. 2-3.

¹¹ World Health Organization, 2011, p. vii.

¹² Faria, 2017, p. 318.

¹³ “o velho é um mais: tem mais experiência, mais vivência, mais anos de vida, mais doenças crônicas, mais perdas, sofre mais preconceitos e tem mais tempo disponível” (Zimerman, 2000, pp. 19-20).

¹⁴ Bárbara, 2007, p. 31.

¹⁵ Diário de Notícias/LUSA, 23/02/2018.

Neste sentido, esta investigação reparte-se em dois momentos distintos. Primeiramente, discorreremos sobre as conceções que pautam o nosso estudo, como o conceito de idoso e o abuso de que pode ser vítima.

Num segundo momento, entramos na *vexata quaestio* da responsabilização criminal da pessoa coletiva, particularmente, pelo abuso institucional da pessoa de idade. Não indagamos sobre a legitimidade da incriminação dos entes coletivos; ao invés, procedemos à exegese das soluções legais, abordando, *pari passu*, a questão da sua imputabilidade jurídico-penal. Neste seguimento, procedemos a uma perfunctória apreciação dos ilícitos criminais que lhes são imputáveis, concluindo com a problemática do alargamento do âmbito da norma de incriminação.

Aproveitamos este ensejo para acautelar que muitas das questões observadas neste estudo constituem temáticas mais densas que, por motivos de espartilho espaço-temporal, não podem receber a devida consideração. Todavia, esperamos que esta pesquisa seja um contributo para o desenvolvimento consciente daquela que se tem revelado uma tímida reflexão.

II. Conceitos introdutórios

1. A pessoa de idade

Importa-nos, *in primis*, examinar o conceito de idoso, pois este não é unívoco¹⁶. A sua definição etimológica como *o que tem muita idade* é considerada por alguns autores como imprecisa, pelo seu sentido vago e por se tratar de um “fenómeno fisiológico, psicológico e social complexo e, não apenas, de um somar linear de anos” que varia consoante a época histórica e a perspetiva social^{17 18}.

Tendencialmente, considera-se que o indivíduo entra na categoria de *pessoa de idade* a partir do momento em que deixa a vida profissional ativa, sendo que, normalmente, isso se verifica por volta dos 65 anos. Durante muito tempo falou-se de *terceira idade*, a qual correspondia ao momento de abandono do mercado de trabalho. No entanto, hoje em dia, os 65 anos não representam, propriamente, uma idade muito avançada. Por isso, atualmente, distingue-se entre *terceira idade* (correspondente à idade da reforma) e *quarta idade* (quando a pessoa se torna dependente de outros, similarmente à infância, devido à necessidade de cuidadores)¹⁹.

Ainda assim, este critério etário dos 65 anos não é um limite fixo²⁰, não havendo, inclusive, uma definição jurídica de pessoa de idade, sendo mais comum tecer uma definição em função da idade da reforma ou da idade a partir da qual as pensões são atribuídas²¹.

¹⁶ Carvalho, 2016, p. 73.

¹⁷ Simone de Beauvoir infere que a situação dos idosos é inerente ao lugar que a sociedade lhes atribui, mais corretamente, que não lhes atribui (Beauvoir, 1970, p. 26).

¹⁸ Lima, 2010, pp. 13-15. No mesmo sentido, Fonseca (2006, pp. 21-28) e Zimerman (2000, p. 19), considerando que “[v]elho é aquele que tem diversas idades”.

¹⁹ Faria, 2017, p. 308; referindo-se à denominação originária de Neugarten, *jovens-idosos e idosos-idosos*, Fonseca (2006, pp. 76-78).

²⁰ Faria, 2015, p. 9, nota 2.

²¹ Herring, 2009, p. 713.

O Decreto-Lei n.º 391/91, de 10 de outubro, que regula o acolhimento familiar de idoso e de pessoa com deficiência, estabelece, no seu art.º 6.º, al. a), o mínimo de 60 anos para a candidatura. A par deste limite, também a ONU estabelece para o conceito de idoso a idade de 60 anos, tal como a OMS, esta, contudo, apenas no caso de países em desenvolvimento, pois quanto a países desenvolvidos, considera como idosos aqueles que tenham idade acima de 65 anos²².

Porém, Paula Ribeiro de Faria e Payne consideram como fronteira indicativa da terceira idade os 65 anos (e também assim tem entendido o nosso CNECV²³)²⁴.

2. O abuso de idosos²⁵

Reconhecendo a necessidade de um padrão de idade²⁶ como fator diferenciador (*maxime*, suavizador da *invisibilidade do idoso no corpo social*) não comprometedor das exigências do princípio da igualdade de tratamento²⁷, importa-nos salientar que os idosos não podem ser vistos como um *grupo socialmente homogéneo*; “[p]elo contrário, devemos perceber o envelhecimento como um conjunto de velhices [... em que] a idade deverá ser tida em conta como mais um indicador relevante [...] mas não como fator único de apreciação”²⁸, pois, apesar de tendencialmente se estudar a discriminação em função da idade, é praticamente intuitivo que, quando esta *desvantagem* se cruza com outros fatores de vulnerabilidade (nomeadamente o género, a etnia, a situação de institucionalização²⁹, *inter alia*), a discriminação da pessoa de idade tende a aumentar³⁰.

Em bom rigor, estes comportamentos prejudiciais aos idosos sucedem devido a uma cultura de *perpetuação da juventude*³¹, paradoxo de uma sociedade cada vez mais envelhecida (e padecedora de *gerontofobia*³²), que vulgariza práticas sociais assentes em preconceitos conducentes ao tratamento injusto e à incorreta homogeneização das pessoas mais velhas³³. Este processo de sistemática *estereotipização* e discriminação em

²² Faria, 2015, p. 10.

²³ CNECV, 2014, p. 2.

²⁴ *Ibid.*, pp. 9-10; critério que perfilhamos.

²⁵ Sobre a evolução histórica deste fenómeno, sobre a qual não iremos discorrer, *brevitatis causa*, vide Magalhães (2010, pp. 39-42).

²⁶ Como salienta o Parecer do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, “o critério cronológico [...] não sendo perfeito representa a solução mais adequada no âmbito da intervenção do direito penal, pela certeza que confere”, não deixando margem para interpretação (SMMP, 2016, pp. 5-6).

²⁷ Faria, 2015, p. 10.

²⁸ Barroso, 2014, p. 126.

²⁹ CNECV, 2014, pp. 7 e 9.

³⁰ Herring, 2009, *Older People in Law and Society*, p. 21 (*apud* Faria, 2015, p. 11).

³¹ Onde a ideia de um “envelhecimento bem sucedido assent[a] precisamente em fórmulas de ‘anti-envelhecimento’” (Fonseca, 2006, p. 31); Zimerman considera antes a “cultura da velhice infeliz” (Zimerman, 2000, p. 28).

³² Utilizando a designação desenvolvida por Bunzel e Bytheway relativa à recorrente rejeição da ideia de envelhecimento, Fonseca (2006, pp. 30-31).

³³ Lima, 2010, pp. 23-25; vide Fonseca (2006, pp. 27-29), para exemplos concretos destes preconceitos. Para mais desenvolvimentos sobre esta conceptualização do envelhecimento como uma desvantagem, vide Johnson (2005, pp. 563-571).

razão da idade, perpetrados pela sociedade³⁴, é denominado na literatura anglo-saxónica de *ageism*³⁵ e tem sido considerado como uma forma de maus-tratos pela OMS^{36 37}.

Ainda assim, é inegável que a maioria das pessoas de idade será mais facilmente alvo de abusos cometidos por familiares, cuidadores e por parte de profissionais de saúde (ou relacionados com esse setor), por uma razão estatística, dado que a generalidade dos idosos frequenta mais as estruturas de assistência do que o resto da população devido às acrescidas necessidades de auxílio e de saúde. Ora, por contactarem habitualmente com instituições de saúde, propicia-se que negligências e abusos recaiam também de forma mais regular sobre eles³⁸.

Este fenómeno, embora não sendo novo³⁹, tem vindo a evidenciar-se cada vez mais⁴⁰, *maxime*, em virtude do aumento da população idosa⁴¹. Porém, importa ressaltar a grande dificuldade de diagnóstico destes abusos (refletido nas elevadas cifras negras que já referimos), devida a diversos fatores como o meio em que aqueles sucedem (o meio familiar torna mais difícil a deteção), o silêncio da vítima (que não denuncia o abuso), seja por dificuldades de comunicação, por medo de retaliação daquele que cuida dela – e que são, amiúde, os agressores (o idoso sabe que, se denunciar o crime, perde o seu cuidador) –, por vergonha de revelar que foi vítima do crime e, outras vezes, porque é, efetivamente, vítima de ameaças.⁴²

Diversos autores apontam para o facto de existir um visível *desencontro terminológico*⁴³ no que concerne aos conceitos de *abuso*, *violência* e *maus-tratos* relativos às pessoas de idade, verificando-se isto, inclusive, em documentos internacionais, nomeadamente na Declaração de Toronto da OMS⁴⁴, onde os conceitos de *abuso* e de *maus-tratos* surgem como sinónimos⁴⁵.

Daichman, Aguas e Spencer denotam uma desarmonização distinta (embora não contrária), em virtude da inexistência de uma *definição-padrão* na Europa e na América do Norte, e as dificuldades daí resultantes em “alcançar um consenso sobre o escopo do dano a ser incluído ou excluído numa definição, bem como se a definição de abuso da pessoa de idade se deve focar numa idade específica na qual a pessoa é idosa ou noutras características presumíveis de potenciar a vulnerabilidade”; apontam, porém, que têm surgido múltiplas definições que têm tido acolhimento, *e.g.*, a da OMS e a da ONU⁴⁶.

³⁴ Bytheway considera este um dos aspetos que fazem com que o *ageism*, *in lato sensu*, não possa ser equivalente a outras formas de discriminação, pois não há um grupo específico que discrimina outro, tratando-se de qualquer grupo, indivíduo ou instituição (Bytheway, 2005, pp. 338-342).

³⁵ Fonseca, 2006, p. 27; Faria, 2015, p. 13.

³⁶ “O *ageism* é altamente prevalente; porém, contrariamente a outras formas de discriminação, como o sexismo e o racismo, é socialmente aceite e, por norma, não contestado, devido à sua natureza implícita e subconsciente” (Officer & Fuente-Núñez, 2018, p. 299, trad. nossa).

³⁷ Lima, 2010, p. 27.

³⁸ Faria, 2015, p. 30.

³⁹ Burston, em 1975, apelidou-o de *granny battering* (*apud* Payne, 2011, p. 71).

⁴⁰ APAV, julho 2018.

⁴¹ Lima, 2010, p. 95; corroborado pelos dados do recente estudo do Berlin Institute for Population and Development (Berlin Institute FPD, 2017, p. 28).

⁴² Magalhães, 2010, pp. 58-59.

⁴³ Faria, 2015, pp. 30-31.

⁴⁴ World Health Organization, 2002.

⁴⁵ Fonseca, Gomes, Faria & Gil, 2012, p. 151.

⁴⁶ Daichman, Aguas & Spencer, 2017, p. 443, trad. nossa.

Não obstante, Paula Ribeiro de Faria destaca que a definição estabelecida pela OMS para *elder maltreatment*⁴⁷ se aproxima “excessivamente do conceito de violência doméstica exercida sobre idosos, sendo certo que o abuso da pessoa de idade pode deixar revestir-se de outras dimensões”⁴⁸.

Magalhães expõe que o conceito de *abuso* é mais abrangente, englobando a *violência* e os *maus-tratos*, que se distinguem entre si através do tipo de relação existente entre o agressor e a vítima (similarmente ao que sucede na tipificação dos respetivos ilícitos no nosso Código Penal⁴⁹), verificando-se a primeira no âmbito de uma *relação familiar ou equiparada* (no nosso ordenamento, considerada *violência doméstica*⁵⁰) e o segundo aquando de uma *relação de cuidado* ou *em meio institucional*⁵¹.

Distintamente, alguns autores entendem que o conceito de *abuso* assenta num significado diverso do de *violência*⁵² (como apresenta o Relatório Mundial sobre Violência e Saúde da OMS) ao admitir, no primeiro, a ausência de intenção de uma ação ou omissão, ainda que lhe sejam similarmente reconhecidas as cinco categorias atribuídas à violência (e o mesmo sucede com a categorização dos *maus-tratos*), a saber: o abuso físico; o abuso emocional ou psicológico; o abuso sexual; o abuso financeiro ou material e a negligência⁵³.

Numa categorização distinta – mas não contrária (e que adotamos) –, Payne considera que o abuso da pessoa de idade, sob as diversas formas já referidas, pode assumir um contexto individual, institucional ou coletivo⁵⁴.

a. Abuso individual

Este tipo de abuso consiste na perpetração dos atos de abuso contra a pessoa de idade, por um indivíduo específico. O abuso individual é o mais assinalado, *maxime*, por ser aquele que se enquadra mais facilmente nos *moldes da responsabilidade penal* do nosso ordenamento (como veremos adiante, para responsabilizar uma pessoa coletiva é

⁴⁷ Na mencionada declaração e em documentos posteriores, como “A global response to elder abuse and neglect: Building primary health care capacity to deal with the problem worldwide: Main report” (2008) e “World report on ageing and health” (2015).

⁴⁸ Faria, 2015, p. 31.

⁴⁹ Doravante “CP”.

⁵⁰ Coloquialmente, verifica-se no âmbito da conceptualização da violência doméstica uma tendencial associação à violência de género e à violência contra as mulheres, porque a violência doméstica teve (*rectius*, tem) como *principal alvo* a mulher, vítima do marido/companheiro. Porém, do mesmo modo que esta se alargou às crianças envolvidas nesses contextos familiares, tem vindo, paulatinamente, a abranger também os idosos (Beleza, 2008, pp. 282-283).

⁵¹ Magalhães, 2010, pp. 21-26. A autora frisa ainda, e bem, que estes comportamentos diferem da “mera” agressão, também devido à *relação de proximidade e confiança* (familiar ou não) entre o agressor e a vítima, caracterizada “pela situação de dependência (a nível afetivo, económico e/ou físico), particular vulnerabilidade e submissão da vítima perante o abusador [...] com responsabilidade sobre a vítima”.

⁵² As definições consideradas pela ONU e pela OMS “assentam em pressupostos comuns: um ato ou conduta, [...] uma relação interpessoal de confiança [...] e um dano físico e/ou mental”; porém, a OMS identifica quatro principais formas de violência: física, sexual, psicológica e a privação ou negligência, adindo no capítulo dedicado à pessoa de idade, a violência financeira ou material (Fonseca, Gomes, Faria & Gil, 2012, p. 151).

⁵³ *Ibid.*, pp. 151-152; classificação que é igualmente adotada pela maioria dos países intervenientes no projeto EuROPEAN; referindo esta categorização, Daichman, Aguas & Spencer (2017, pp. 443-444).

⁵⁴ Payne apresenta ainda um quadro explicativo das diversas formas como estes três tipos de abuso podem consubstanciar crimes contra pessoas de idade (2011, pp. 6-13).

necessário identificar o autor individual), pois as outras formas de abuso surgem apenas em *linguagem corrente*, não havendo forma de aplicar sanções criminais pela prática dessas condutas, quer ao Estado (por natureza), quer à pessoa coletiva, sendo isso também uma impossibilidade de acordo com as exigências do Princípio da Tipicidade^{55 56}.

Payne⁵⁷ destaca nove formas de abuso individual, cinco das quais são similares à categorização desenvolvida pela OMS. Importa realçar que as várias formas de abuso estão associadas, pelo que, normalmente, uma forma de abuso poderá *esconder* outras.

O abuso físico é a forma mais comum de abuso individual (a par da negligência e do abuso financeiro) e consiste em qualquer ato (*e.g.*, bater, golpear, queimar, administrar drogas, apertar ou empurrar a vítima, puxar o cabelo, entre outros) ou omissão (*e.g.*, nutrição desadequada) que provoque dor ou dano físico na vítima⁵⁸.

O abuso emocional ou psicológico engloba todos os atos, verbais ou não, que provoquem angústia, sofrimento ou *stress* à vítima – *e.g.*, ridicularização, desvalorização, hostilização, negação de afeto, desprezo, privação do poder de decisão, isolamento, tratamento de silêncio, culpabilização, *inter alia*⁵⁹. O abuso psicológico tem distinta relevância para o nosso CP na medida em que constitui abuso físico – *i.e.*, existindo ameaça ou coação, há, nesse caso, tipo legal específico (art.^{os} 153.^o e 154.^o); ou, no caso de, *e.g.*, um silêncio prolongado, abalando psicologicamente o idoso, tratando-se de um mau trato psíquico que integra o crime de ofensas corporais (simples ou graves, art.^{os} 143.^o e 144.^o)⁶⁰.

Relativamente ao abuso sexual, este consiste em obrigar a vítima a ter comportamentos sexuais, sem o seu consentimento, coagindo-a ou ameaçando-a, incluindo também a sua exposição a práticas sexuais, a pornografia, a prostituição ou provocando-lhe lesões nos órgãos genitais⁶¹.

O abuso financeiro ou material compreende o uso indevido de fundos, propriedades ou bens da vítima, o impedimento de esta dispor ou controlar os seus próprios recursos ou submetê-la a chantagem económica (caso paradigmático é o do conhecido do idoso que levanta a pensão de reforma deste e não a entrega)⁶².

Quanto à negligência enquanto abuso individual, Payne⁶³ refere a definição do NCEA, que consiste na recusa ou falha em cumprir, total ou parcialmente, as obrigações

⁵⁵ Corolário do Princípio da Legalidade, que se encontra consagrado no art.^o 29.^o, n.^{os} 1, 3 e 4 da CRP e no art.^o 1.^o, n.^o 1 e art.^o 2.^o, n.^o 1 do CP. Grosso modo, traduz-se no aforismo latino de Feuerbach “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, que expressa que só se podem qualificar condutas ou omissões como crimes e, conseqüentemente, determinar penas ou medidas de segurança para esses quando existe uma *lex certa* (determinabilidade do conteúdo da norma penal) e *praevia* (anterioridade da norma penal) à comissão do crime que prevê essa mesma pena ou medida; significa ainda que ninguém pode “sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respectivos pressupostos” (Antunes, 2015, p. 18); no mesmo sentido, Dias, 2012, pp. 177-183, § 1-11.

⁵⁶ Faria, 2015, p. 33.

⁵⁷ Payne, 2011, pp. 9-13; Fonseca, Gomes, Faria & Gil, 2012, p. 152.

⁵⁸ Payne, 2011, pp. 9-10; *cf.* Frazão, Correia, Norton & Magalhães, 2015, p. 54; e ainda Magalhães, 2010, pp. 51-53.

⁵⁹ Payne, 2011, p. 10; Magalhães, 2010, pp. 46-48.

⁶⁰ Faria, 2012, p. 306, § 16; *cf.* Carvalho, 2016, pp. 78-79.

⁶¹ Payne, 2011, p. 11; Magalhães, 2010, p. 54.

⁶² Payne, 2011, p. 10; Magalhães, 2010, pp. 49-50; Faria, 2015, pp. 36 e 40.

⁶³ Payne, 2011, p. 11.

para com a pessoa de idade⁶⁴. Magalhães, por outro lado, considera que as situações de negligência não integram os casos de abuso, sendo antes conjunturas particulares, pela ausência de intencionalidade que as caracterizam⁶⁵.

b. Abuso institucional

Genericamente, o abuso institucional traduz-se nas ações de diversas organizações e instituições que, direta ou indiretamente, prejudicam os seus beneficiários⁶⁶. Assim, o abuso institucional de idosos consiste no abuso cometido pelas instituições que assistem o idoso, sejam elas lares, centros de dia, hospitais ou outras. Não se trata do abuso perpetrado pelos funcionários da instituição, mas pela instituição *per se*, através da sua estrutura organizativa e da forma de realizar o serviço, podendo consubstanciar abuso físico, psicológico, financeiro, sexual ou situações de negligência⁶⁷.

O abuso institucional decorre do *mau funcionamento* e da *deficiente organização* das instituições de acolhimento ou dos hospitais e, conquanto se possa concretizar em ações ou omissões de funcionários, não se confunde com o abuso individual (não descartando que a atuação da pessoa singular possa conduzir ao abuso institucional ou possa suceder, *pari passu*, com este)⁶⁸. Esta distinção, entre culpa de serviço ou funcional (da organização) e culpa individual (da pessoa singular), está reconhecida, no nosso ordenamento, na Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro.

O que está em causa neste âmbito é o mau funcionamento do serviço, *i.e.*, a instituição não funciona com padrões adequados de qualidade, incluindo-se aqui a deficiente seleção de pessoal, a má manutenção de equipamentos, a falta de qualidade das ins-

⁶⁴ Relativamente à negligência, denotam-se ainda as situações de *autonegligência* e de *abandono*, sendo que a primeira corresponde a atos autoinfligidos ou à incapacidade de desempenhar autocuidados; o abandono é entendido como o “completo desamparo, temporário ou permanente, por parte do cuidador ou responsável pela garantia dos cuidados básicos necessários” (Magalhães, 2010, p. 57; *cfr.* Payne, 2011, pp. 97-100).

⁶⁵ Magalhães, 2010, p. 56. Posição que não adotamos. É evidente que os casos de negligência enquanto abuso são muito difíceis de identificar, especialmente no caso de pessoas de idade, porque há determinadas doenças – *e.g.*, ósseas – desencadeadas pelo avanço da idade (e conseqüente fragilidade óssea) que podem produzir exatamente o mesmo efeito de uma queda violenta causada, *e.g.*, por um empurrão.

Parece-nos mais plausível o entendimento de Payne, no sentido de que não se pode desconsiderar uma omissão ou ação não intencional que provoque danos ou sofrimento à pessoa de idade pelo “simples” facto de que quem a deveria ter executado ou evitado o ter feito sem intencionalidade.

Desviamos-nos da sua posição apenas no que concerne à consideração da “recusa em cumprir” enquanto negligência, uma vez que, a nosso ver, a recusa não se pode situar numa omissão não intencional, comportando, ao invés, uma intenção, a de *não fazer* (*maxime* quando esteja em causa a realização de uma obrigação, bem sabendo o agente que tal recusa implicará conseqüências, por menores que sejam), conduzindo-se, assim, ao âmbito do dolo. A par disto, a negligência é uma das formas de abuso mais comuns e acarreta conseqüências particularmente devastadoras, não só ao aduzir a uma série de patologias que aceleram ou desencadeiam o processo de antecipação da morte do idoso, mas principalmente por causar um efeito indireto, que não se produz quando estejam em causa crianças ou adultos; *i.e.*, uma agressão cometida sobre uma pessoa de idade provoca um efeito de decadência física e psicológica muito mais acentuado do que a agressão que é cometida contra pessoas de idades inferiores (Payne, 2011, pp. 11 e 97-98).

⁶⁶ Payne, 2011, p. 8.

⁶⁷ Faria, 2015, pp. 31-32. Payne expõe ainda outras quatro formas de abuso institucional: os *health care crimes* (que podem suceder através de, *e.g.*, cirurgias desnecessárias), o *patient dumping* (uma situação típica do ordenamento estado-unidense, quando um hospital ou uma instituição de acolhimento se recusa a admitir um idoso devido à falta de seguro de saúde), o *institutional financial fraud* (nomeadamente esquemas de investimento e empréstimos) e as *regulatory violations* (referentes a normas reguladoras das instituições de acolhimento) (Payne, 2011, pp. 102-110).

⁶⁸ Faria, 2015, pp. 31-32.

talações, a higiene deficiente, a alimentação incorreta ou desadequada às necessidades das pessoas em causa, a irregular conservação e administração de medicamentos, entre outros⁶⁹.

É visível que a resposta do mercado ao aumento da procura de instituições de acolhimento de idosos tem sido (com tendência a manter-se) deficitária. Esta procura deve-se tanto ao progressivo envelhecimento demográfico, como a toda a conjectura que o envolve, *maxime*, as diversas arduidades de se ser um cuidador informal⁷⁰. Esta configuração repercute-se na sobrelotação dos estabelecimentos existentes e na necessidade de um incremento na contratação de pessoal para os mesmos, o que pode conduzir à deficiente seleção de pessoal ou ao recrutamento de pessoal pouco qualificado⁷¹.

A par disto, diversos autores consideram que um dos maiores fatores de risco para o abuso de idosos é a escassez de funcionários relativamente ao número de utentes, conduzindo ao aumento da quantidade de trabalho a suportar, propiciando um ambiente de trabalho stressante e casos de *burnout* vividos pelos funcionários nas estruturas de assistência⁷², situações essas que se traduzem, muitas vezes, em abusos (como evidenciam diversos estudos⁷³).

Em Portugal, as condições de licenciamento e de funcionamento dos lares e dos serviços de apoio social estão amplamente reguladas, dispondo, inclusivamente, o número mínimo de funcionários por residentes⁷⁴. Contudo, esta abundância legislativa vale somente no domínio administrativo⁷⁵, o que não é, de todo, suficiente, pois este ramo não produz o mesmo efeito preventivo que o Direito Penal confere⁷⁶.

Distinta é a dimensão penal, *i.e.*, o abuso institucional com relevância criminal, que, *de iure condito*, não está previsto no nosso ordenamento. Apesar da profusa regulação do licenciamento e funcionamento das instituições, tal não impede que não exista

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Não nos referimos somente às dificuldades físicas e emocionais (que essa inversão de papéis representa e pela carga que essa tarefa acarreta), mas também às medidas sociais e legislativas que afetam essas realidades.

Por exemplo, no âmbito do Direito Fiscal, a resposta em equipamento é ainda privilegiada pelo Estado, no domínio dos benefícios fiscais que os contribuintes podem auferir, em detrimento do apoio domiciliário ou de outras medidas que permitam manter o idoso no seu meio quotidiano (contrariamente ao que defende o CNECV, 2014, p. 7); e no Direito do Trabalho, em que a questão da assistência à família se refere sobretudo a descendentes (Barroso, 2014, p. 118).

Contudo, foi aprovado recentemente o Estatuto do Cuidador Informal (Lei n.º 100/2019, de 6 de setembro), que estabelece medidas de apoio ao cuidador informal, nomeadamente com a criação do Subsídio de apoio ao cuidador informal principal e com a promoção da sua integração no mercado de trabalho (*vide* Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social, 15/02/2019), o que, no nosso entendimento, representa não só um importante reconhecimento das necessidades que o atual paradigma impõe, como um relevante passo inicial num processo que se protelará por várias gerações.

⁷¹ Fidalgo, 2016, p. 6.

⁷² Frazão, Correia, Norton & Magalhães, 2015, p. 57; Payne consolida os diversos fatores de risco potenciadores do abuso institucional já estudados por diversos autores, destacando fatores institucionais (*e.g.*, a dimensão da instituição, se esta é pública ou privada), características dos funcionários (*e.g.*, idade, género, atitudes perante os utentes, salário), características situacionais (*e.g.*, nível de conflito, nível de *stress*, consumo de álcool, *burnout*), a falta de qualificação e a vulnerabilidade (Payne, 2011, pp. 197-219). Referindo alguns destes fatores de risco, Daichman, Aguas & Spencer, 2017, pp. 444-445.

⁷³ Kamavarapu, Ferriter, Morton & Völlm, 2017, pp. 51-52.

⁷⁴ Art.º 12.º da Portaria n.º 67/2012, de 21 de março.

⁷⁵ Faria, 2015, p. 32, nota 28, tendo sido revogado o Despacho Normativo n.º 12/98, de 25 de fevereiro, estando em vigor a Portaria n.º 67/2012, de 21 de março.

⁷⁶ *Ibid.* Entendimento que perfilhamos.

relevância criminal da conduta. Adiantamos, assim, o nosso entendimento pela insuficiente atuação do Direito Civil e do Direito de Mera Ordenação Social quando estão em causa direitos fundamentais, nomeadamente a vida, a saúde e a integridade física, âmbito onde o Direito Penal exerce a sua função de proteção⁷⁷.

c. Abuso da coletividade

O abuso da coletividade é exercido pela sociedade, seja como um todo – através de atividades que resultam no prejuízo ou na desvalorização das pessoas de idade –,⁷⁸ seja especificamente pelos órgãos de representação política e órgãos legislativos, através da aprovação de leis ou políticas que, direta ou indiretamente, vitimizam as pessoas de idade ou as expõem ao preconceito e discriminação por parte de outros grupos, nomeadamente, o corte das pensões ou a diminuição de recursos assistenciais (seja ao nível da proteção da saúde, seja a outros níveis)⁷⁹. Payne assinala a direta interação deste *abuso social*⁸⁰ com o *ageism*, sendo este último uma expressão de abuso coletivo⁸¹.

Incluem-se aqui as leis que estabelecem discriminação positiva em relação às pessoas de idade. Em certos casos, para combater a desigualdade, é necessário criar vantagens sobre determinados grupos, pois esses grupos encontram-se de tal forma em posição inferior em relação à média, que é necessário discriminá-los positivamente. Ora, não havendo cautela, essas leis (que criam uma discriminação positiva) podem conduzir a reações negativas por parte do resto da coletividade que vitimizem as pessoas de idade – ao torná-las alvo de preconceito, de violência (verbal ou física) –, pois o resto da sociedade sente-se vítima dessas medidas de discriminação positiva⁸².

Em Portugal não há este grau de discriminação positiva em relação às pessoas de idade, sendo mais comuns as políticas de discriminação negativa, *i.e.*, situações em que os governos legislam concedendo uma proteção insuficiente às pessoas mais vulneráveis⁸³. Como já mencionámos, também este tipo de abuso não tem dimensão penal, inclusivamente, porque o Estado se exclui à responsabilidade criminal, nos termos do n.º 2 do art.º 11.º do CP.

⁷⁷ Silva, 2009, pp. 117-118 e 157-159; Faria, 2016, pp. 980-981.

⁷⁸ Payne, 2011, pp. 6-7 e 66.

⁷⁹ Faria, 2015, p. 31.

⁸⁰ Tradução nossa do termo *societal abuse* (Payne, 2011, p. 6).

⁸¹ *Ibid.*, p. 66.

⁸² *Ibid.* Alguns destes exemplos são retirados da realidade americana, pelo que comportam diferenças quanto ao quotidiano europeu.

⁸³ “Não se tratando de população activa, os Governos têm a consciência de que não correm o risco de ver paralisados sectores fundamentais da produção quando adoptam políticas restritivas dos seus direitos. Os idosos não fazem greve” (Faria, 2017, p. 309). Neste sentido, a existência de um nível de reformas deficiente, *maxime*, em virtude de imposições da UE para conter a crise económica, levou, inclusivamente, a pedidos de esclarecimento por parte do Comité Europeu dos Direitos Sociais – encarregado da implementação da Carta Social Europeia – relativos à tutela dos direitos dos idosos em Portugal (*ibid.*, pp. 314-319).

III. A responsabilidade penal da pessoa coletiva pelo abuso institucional de idosos

Como referimos antes, o abuso que é cometido por instituições que não estão devidamente estruturadas (e que não está diretamente dependente da atuação da pessoa singular) está acautelado, quer ao nível civil, quer administrativo⁸⁴.

Porém, assim não é pelo Direito Penal, pois a responsabilidade da pessoa coletiva prevista no art.º 11.º do CP não é uma responsabilidade institucional *qua tale*, além de que o catálogo do seu n.º 2 não inclui as ofensas corporais e o homicídio (*maxime*, na forma negligente).

Aquando da consideração da responsabilidade penal das pessoas coletivas, entendeu-se, genericamente, que estas não conseguiriam cometer crimes contra a vida ou provocar ofensas à integridade física, quando, na realidade, lhes é possível, *e.g.*, pela deficiente estrutura dos seus serviços⁸⁵. Assim, justificar-se-ia (como veremos adiante) a consagração no CP de uma *culpa funcional*, direta da pessoa coletiva, independente da comprovação da culpa dos seus dirigentes ou representantes⁸⁶.

A par disto, estão excluídas da responsabilidade penal o Estado e as pessoas coletivas públicas; ou seja, não será suficiente introduzir os crimes contra a integridade física e contra a vida no art.º 11.º, sendo também necessário alargar, em muitos casos, o âmbito subjetivo deste artigo, dado que há pessoas coletivas públicas de natureza empresarial com a mesma potencialidade lesiva que pessoas coletivas de direito privado⁸⁷.

Não obstante, a responsabilidade penal das pessoas coletivas tem vindo a desenvolver-se neste sentido, devido à necessidade de conferir uma maior eficácia à justiça penal, sobretudo nos países anglo-saxónicos – com a exceção da Alemanha⁸⁸ – (*e.g.*, no Reino Unido, desde 2007, o ente coletivo é responsável por homicídio se a morte da pessoa decorreu de uma violação grave de deveres de cuidado por parte da organização⁸⁹)⁹⁰.

⁸⁴ No âmbito de uma ação de responsabilidade civil contratual e extracontratual, o Acórdão do TRL, de 16 de janeiro de 2007, condenou uma sociedade comercial por quotas a pagar uma indemnização à autora, por danos não patrimoniais sofridos por si e pelo seu pai, quando este estava institucionalizado no estabelecimento de acolhimento explorado por aquela sociedade, tendo o TRL entendido que a instituição de acolhimento incumpriu os deveres contratuais que havia assumido perante a autora e que alguns desses deveres se traduziam também numa “violação dos valores inerentes ao ser humano”, sendo esse o motivo pelo qual o pai da autora deveria ser indemnizado a título de responsabilidade civil extracontratual (Fidalgo, 2016, pp. 7-9).

⁸⁵ Brito, 2010, p. 44.

⁸⁶ Partilhamos o entendimento de Faria, 2015, p. 33.

⁸⁷ *Ibid.*, pp. 32-33.

⁸⁸ Esakov, 2010, p. 184; Silva, 2009, pp. 86-88.

⁸⁹ Denominado *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007* (Faria, 2016, pp. 986-988; Esakov, 2010, pp. 178-179).

⁹⁰ Não olvidando que França consagra no seu *Code penal*, desde 1994, a responsabilidade penal de entidades coletivas por crimes praticados contra bens jurídicos individuais (FARIA, 2013, p. 388). Todavia, este não foi o primeiro ordenamento jurídico europeu continental a consagrar o princípio *societas delinquere potest*, tendo os Países Baixos admitido, em 1976, a responsabilidade penal das pessoas coletivas, incluindo os entes coletivos públicos, excepcionando apenas o Estado (Magalhães, 2015, p. 151, nota 12).

No nosso ordenamento jurídico, volvida mais de uma década desde a expressa superação do princípio *societas delinquere non potest*⁹¹ através do artigo 11.º do CP⁹², estas questões encontram-se ainda sem uma resposta sólida, afirmando-se útil e, a nosso ver, premente a sua reflexão.

1. A imputabilidade jurídico-penal da pessoa coletiva

A responsabilização penal dos entes coletivos adveio⁹³ de argumentos quer dogmáticos, quer político-criminais⁹⁴, *maxime*, pela consideração de que uma solução situada unicamente no plano do *direito penal individual* seria insatisfatória⁹⁵, “não surtiria um efeito preventivo”⁹⁶ e “significaria em muitos casos a impunidade”⁹⁷.

Por comportar uma configuração distinta das pessoas físicas, a pessoa coletiva provocou, como refere Figueiredo Dias,

O aparecimento de uma criminalidade cada vez mais organizada e complexa, desenvolvida através de sociedades comerciais, de instituições financeiras e das mais variadas formas de associação ou agrupamento [...] torna[ndo]-se extremamente difícil determinar a real responsabilidade de cada um dos indivíduos que opera no seio da colectividade [...] em virtude da extrema dispersão do poder decisório, da grande divisão de tarefas e das longas cadeias hierárquicas.⁹⁸

Neste sentido, a Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, veio consagrar, no art.º 11.º⁹⁹, n.º 2 do nosso CP, a responsabilidade penal das pessoas coletivas¹⁰⁰. Na formulação da norma, o legislador baseou-se no modelo disposto pelos diplomas europeus e pelas Recomendações do Conselho da Europa¹⁰¹.

⁹¹ Contudo, o reconhecimento de um verdadeiro princípio *societas delinquere potest* não é líquido, “atendendo à limitação do círculo de entes colectivos susceptíveis de serem penalmente responsabilizados e ao catálogo limitado de crimes imputáveis” (Magalhães, 2015, pp. 198-199, nota 156). Reis Bravo, por outro lado, considera que o princípio *societas delinquere non potest*, hoje, não tem outro significado além do de “mera curiosidade histórica” (Bravo, 2003, p. 225).

⁹² Ainda que tal não constituísse novidade, pois desde os anos 1980 que este tipo de responsabilidade estava previsto no âmbito do direito penal secundário (Sousa, 2012, p. 4).

⁹³ A génese da sua admissibilidade foi no âmbito da *law in action*, através de uma decisão do *Supreme Court* norte-americano sobre o caso *Hudson*, em 1909, “o qual reiterava a inexistência de uma autêntica justificação político-criminal que sustentasse uma recusa de responsabilização do ente colectivo”, constituindo, assim, as bases do modelo vicarial (Magalhães, 2015, p. 158).

⁹⁴ Dias, 2012, pp. 296-297, § 24-25, e 300, § 28.

⁹⁵ Silva, 2009, pp. 118-119. Especialmente porque “geralmente o grande público desconhece quem são os administradores das grandes sociedades [...] e] o efeito da condenação penal dos administradores e representantes da sociedade não tem o impacto, o efeito preventivo, nomeadamente resultante da publicidade da condenação, que pode ter a própria condenação da sociedade” (*ibid.*, p. 119).

⁹⁶ Bravo, 2008, pp. 64-65.

⁹⁷ Dias, 2012, pp. 296-297, § 23.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ Tendo sofrido alterações com a Lei n.º 60/2013, de 23 de agosto, e com a Lei n.º 30/2015, de 22 de abril.

¹⁰⁰ Teresa Quintela de Brito entende esta consagração como uma exceção ao princípio do carácter individual da responsabilidade penal, pela forma como foi redigido o n.º 1 da norma (Brito, 2010, p. 43). Refere ainda as posições contrárias de Pinto de Albuquerque e Reis Bravo, que consideram que a Lei n.º 59/2007 consagrou o princípio geral da responsabilidade criminal das pessoas coletivas.

¹⁰¹ Magalhães, 2015, pp. 199-200.

Existem diversos modelos de imputação do facto às pessoas coletivas¹⁰², porém, limitaremos a nossa exposição aos modelos de heterorresponsabilidade¹⁰³ e de autorresponsabilidade, por considerarmos que são estes que, *de lege condita*, têm vislumbre no ordenamento jurídico português¹⁰⁴.

Genericamente, o legislador adotou o modelo de heterorresponsabilidade, tal sendo visível pelo conteúdo da al. a) do n.º 2 do art.º 11.º, em que se imputam à pessoa coletiva os crimes (taxativamente previstos no catálogo do n.º 2) cometidos “[e]m seu nome e no interesse coletivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança”¹⁰⁵.

Este modelo compreende o ente coletivo como responsável pelos factos cometidos em seu nome e no seu interesse, pelos seus órgãos e representantes¹⁰⁶, impondo, assim, a “identificação de um substrato mínimo de uma conduta (humana individual)”¹⁰⁷, através de ações ou omissões por membros da pessoa coletiva, *num contexto coletivo e numa aceção funcional*¹⁰⁸. Tal significa que, para o crime ser imputado ao ente coletivo, é necessário que exista uma pessoa singular que pratique o facto (não tem de ocorrer responsabilização individual, mas tem de haver uma pessoa física que preencha o tipo legal de crime)¹⁰⁹. Logo, os atos das pessoas singulares “são juridicamente qualificados como actos da própria pessoa colectiva”, pelo que a principal característica deste modelo é a “incapacidade de se desprenderem do plano da pessoa singular, como mão do ente colectivo [...] e como consciência”¹¹⁰.

Quanto a esta *desnecessidade* de responsabilização individual, o n.º 7 do art.º 11.º consagra uma responsabilidade cumulativa¹¹¹ – mas autónoma¹¹² – da pessoa coletiva, pois a responsabilização desta “não exclui a responsabilidade individual dos respetivos agentes nem depende da responsabilização destes”, significando isto que a responsabilidade do ente coletivo e da pessoa que nele ocupa uma posição de liderança (que

¹⁰² Magalhães, 2015, pp. 163-164; Silva, 2009, pp. 174-176.

¹⁰³ Este modelo reveste-se de diversas denominações (Sousa, 2019, pp. 89-90; Torrão, 2010, pp. 63-73; Nieto Martín, 2008, p. 132). A teoria do “*alter-ego*” está presente no sistema jurídico britânico e, por este ser mais restrito, alguns autores distinguem-na do modelo vicarial (Esakov, 2010, pp. 174-178; Magalhães, 2015, p. 160).

¹⁰⁴ A título de aprofundamento desta matéria, referimos ainda o modelo construtivista, desenvolvido por Gómez-Jara Díez (*apud* Magalhães, 2015, pp. 193-197), tendo como base as teorizações da autorresponsabilidade de Lampe, Heine e Dannecker e a teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Luhmann, partindo da conceção de que o ente coletivo é “um sistema que se auto-organiza, autoconduz e autodetermina” (*apud* Salgueiro, 2018, p. 222). Para mais desenvolvimentos sobre este modelo, *vide ibid.*, pp. 217-227 e 237-241.

¹⁰⁵ Torrão, 2010, pp. 462-463; Sousa, 2019, p. 105. Germano Marques da Silva (2008, pp. 73-74) considera-o antes um modelo de responsabilidade vicarial, ainda que “formalmente diverso do consagrado na generalidade da legislação especial avulsa portuguesa” (*e.g.*, o Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro).

¹⁰⁶ O conceito de “posição de liderança” tem uma formulação abrangente, abarcando órgãos e representantes e incluindo os administradores e representantes de facto (Magalhães, 2015, pp. 200-201; Silva, 2008, pp. 74-78). Contra, entendendo que este conceito exclui os *meros dirigentes* e os *representantes de facto*, Bandeira (2017, pp. 137-138).

¹⁰⁷ Bravo, 2008, p. 191.

¹⁰⁸ Magalhães, 2015, pp. 198-199.

¹⁰⁹ Reis Bravo (2003, p. 231) entende que “enquanto for viável identificar [...] o suporte individual da conduta delituosa, o estabelecimento da imputação penal do ente colectivo se faça por referência à imputação daquele”; porém, quando tal não seja possível, o autor considera que será legítima outra solução, tornando-se *imprescindível* consagrar tipos legais paralelos aos existentes que se apliquem aos entes coletivos.

¹¹⁰ Magalhães, 2015, pp. 165-168.

¹¹¹ Sobre a justificação desta responsabilidade e eventual inconstitucionalidade da mesma, remetemos para as acertadas considerações de Germano Marques da Silva (2009, pp. 198-201 e 279).

¹¹² Sousa, 2019, p. 108.

é o agente do facto) são independentes (exemplo desta independência é o n.º 6 deste artigo); embora a imputação do facto à pessoa coletiva implique a imputação desse facto à pessoa física (procedendo-se à atribuição da conduta e da culpa da pessoa singular ao ente coletivo, através de um meio de imputação normativo¹¹³), não se exige que essas pessoas físicas sejam *efetivamente condenadas*, mas que “pelo menos seja apurada a culpa” destas¹¹⁴.

Relativamente à alínea a) do n.º 2, importa salientar as considerações de Germano Marques da Silva¹¹⁵, no sentido de que a exigência da prática do facto *em nome e no interesse coletivo* da pessoa coletiva não são elementos constitutivos do tipo de crime, mas condições *sine qua non* da imputação do facto; *i.e.*, não basta que a infração seja praticada pelas pessoas que nela ocupam uma posição de liderança¹¹⁶, requerendo a lei penal que o crime seja praticado em nome e no interesse do ente.

Reconhece-se assim que a “prosecução do interesse colectivo é o móbil do crime”¹¹⁷, o que, como bem atenta Mariana Fidalgo¹¹⁸, “no contexto da assistência prestada a idosos em estabelecimentos de acolhimento” se faz sentir particularmente, “onde a prossecução do respetivo fim social é, não raras as vezes, erigida objectivo primordial, negligenciando-se os direitos inerentes à dignidade da pessoa idosa”.

O requisito da al. a) decorre do Princípio da Culpa que, segundo Reis Bravo, independentemente do modelo de responsabilidade observado, assenta numa responsabilização do ente coletivo por facto próprio e, nesse sentido, por uma culpa que é própria deste, consequente da prossecução do seu interesse coletivo¹¹⁹.

Reportando-nos ainda ao modelo de heterorresponsabilidade, Adán Nieto Martín¹²⁰ destaca como falha principal o benefício que este modelo confere a entes coletivos com maior complexidade, pois em pessoas coletivas de menor estrutura – e, consequentemente, de funcionamento mais simples – é mais fácil encontrar a pessoa singular responsável (e que esta figure no topo da organização); deste modo, no caso de entes coletivos complexos, a dispersão do poder decisório e a grande divisão de tarefas, aquando

¹¹³ Silva, 2012, pp. 523-525. Para outras notas sobre esta questão, *vide*, do mesmo autor, 2008, pp. 86-88.

¹¹⁴ Silva, 2008, p. 94; e Sousa, 2019, p. 108.

¹¹⁵ *Ibid.*, pp. 92-93.

¹¹⁶ O *nomen iuris* “posição de liderança” advém da legislação europeia, sendo que o nosso legislador procedeu à sua delimitação no n.º 4 do art.º 11.º do CP (Magalhães, 2015, p. 200, nota 160; Carvalho, 2009, p. 78). Paulo Sousa Mendes, aquando da Reforma Penal que conduziu à Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, sugeriu ao Conselho da UMRP que se utilizasse a expressão “poder de mando”, em vez de “posição de liderança”; contudo, a ideia não foi acolhida (Ministério da Justiça – Unidade de Missão para a Reforma Penal, 2006, p. 10).

Relativamente à expressão disposta no art.º 11.º, n.º 4, *in fine*, “quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua actividade”, Germano Marques da Silva (2008, pp. 76-77) considera que estão em causa “pessoas a quem a administração da pessoa colectiva delega funções de autoridade, conferindo-lhe poderes de domínio sobre a actividade ou sector da pessoa colectiva”, que não são titulares de órgãos, nem representantes; contudo, foram-lhes delegados poderes de autoridade da administração ou receberam esse encargo diretamente da lei.

Quanto ao exercício das funções de liderança, *vide ibid.*, pp. 78-83; e Brito, 2008, pp. 1430-1432.

¹¹⁷ Silva, 2008, pp. 92-93.

¹¹⁸ Fidalgo, 2016, p. 3.

¹¹⁹ Bravo, 2008, pp. 123-124.

¹²⁰ Nieto Martín, 2008, p. 133, trad. nossa.

de uma responsabilização penal, conduzem a efeitos perversos que, no limite, podem resultar na sua impunibilidade¹²¹.

Mário Meireles salienta estas dificuldades em “detectar quem concretamente agiu em nome e por conta da pessoa colectiva – podendo a conduta ser precisamente fruto da actuação conjugada de todos os níveis de decisão”, referindo – e bem, a nosso ver – que estas arduidades “não deve[m], nem pode[m] impedir a condenação” do ente coletivo¹²².

Distintamente, na al. b) do n.º 2 do art.º 11.º, o legislador considerou que a imputação do crime à pessoa coletiva só pode ocorrer quando a pessoa singular que pratique o facto seja alguém (não sendo necessário identificar quem) que, não tendo poderes de representação, atue sob a autoridade de quem tenha esses mesmos poderes.

Neste sentido, é perceptível que o âmbito desta alínea extravasa o modelo delineado pelo legislador na alínea anterior, aproximando-se de um modelo de autorresponsabilidade do ente coletivo através da fórmula “violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem”¹²³.

O modelo de autorresponsabilidade¹²⁴ comporta uma imputação direta do facto e da culpa à própria pessoa coletiva, *i.e.*, não depende da imputação à pessoa singular. Portanto, não há a imposição num *prévio patamar* da prática de ações ou omissões por sujeitos individuais, a imputação ao ente é imediata. Verificando-se a responsabilidade individual da pessoa singular, esta será *autónoma e independente* da responsabilidade do ente coletivo¹²⁵.

Como já mencionámos, há autores que entendem que só haverá culpa do ente coletivo se existir culpa de quem a dirigiu. Em bom rigor, a culpa da pessoa coletiva, não sendo igual à culpa da pessoa singular, é culpa: se a pessoa coletiva funciona deficientemente, há uma culpa da organização, que pode não ser atribuível a uma pessoa singular, nem se deixar titular individualmente pelo seu dirigente ou conselho diretivo, mas que é a culpa de ter uma estrutura aberta, a prestar serviço, não tendo condições mínimas para tal¹²⁶.

Nestes termos, a forma de organização do ente coletivo é o critério considerado por alguns autores como determinante para uma fundamentada afirmação da sua responsabilidade penal¹²⁷.

Concretamente quanto à al. b), procedeu-se à consagração de uma figura próxima à *faute de service* proveniente do Direito Administrativo, consubstanciando, nestes ter-

¹²¹ O denominado “*efecto perverso de la responsabilidad vicarial*” (*ibid.*).

¹²² Meireles, 2008, p. 131. No mesmo sentido, afirmando que, não raras vezes, esta conjugação sucede devido à *mera omissão e imprudência*, Silva (2009, p. 15).

¹²³ Sousa, 2019, pp. 106-107.

¹²⁴ Similarmente ao da heterorresponsabilidade, tem diversas variações (*vide* Magalhães, 2015, pp. 184-190).

¹²⁵ Magalhães, 2015, p. 183; *cfr.* Silva, 2009, p. 184.

¹²⁶ Da qual é exemplo a situação enunciada por Fidalgo (2016, pp. 15-16).

¹²⁷ Silva, 2009, p. 189.

mos, uma espécie de culpa *in vigilando*¹²⁸ pela omissão de quem exerce poderes de autoridade na pessoa coletiva¹²⁹.

Por conseguinte, Teresa Quintela de Brito¹³⁰ acautela que é necessário proceder a uma reinterpretação em conformidade com a CRP, afirmando o domínio da organização para a execução do facto como critério de imputação – em detrimento da consideração de uma culpa *in vigilando*, sob pena de se cair numa responsabilização objetiva da pessoa coletiva, inaceitável em Direito Penal, onde só se podem censurar fenómenos subjetivos de culpa pela função garantística que comporta.

Todavia, Germano Marques da Silva¹³¹ considera que a ideia subjacente a esta alínea é a da *culpa pela deficiente organização* do ente coletivo (culpa de serviço ou funcional) – de certo modo, similar à culpa de serviço consagrada na Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro¹³², no art.º 7.º, n.ºs 3 e 4 –, ainda que o legislador a tenha formulado com referência às pessoas singulares que nela exerçam poderes de autoridade.

Em bom rigor, o autor considera que se trata de responsabilizar a pessoa coletiva pelas omissões daqueles que são representantes, titulares dos seus órgãos ou que desempenhem especiais funções ou poderes de vigilância ou controlo, sendo a “omissão do correcto exercício dessas funções [...] que revelam uma má estrutura da empresa”¹³³. É perceptível a aproximação desta *omissão do correcto exercício* de uma violação de dever de cuidado, conduzindo a uma ideia de *culpa negligente*, ostracizando para o âmbito da impunidade os crimes dolosos¹³⁴.

A teoria da culpa pela deficiente organização foi um contributo¹³⁵ de Klaus Tiedemann¹³⁶, que considerava que a imputação ao ente coletivo seria feita mediante uma culpa e facto próprios¹³⁷ (culpa da organização¹³⁸), implicando uma *compreensão da globalidade coesa do ente*, de que este deve adotar medidas preventivas dirigidas a evitar a prática de crimes pelos seus membros¹³⁹ 140. Ora, a falha na adoção dessas medidas, essa

¹²⁸ Augusto Silva Dias entende que a culpa *in vigilando* é uma “categoria estranha” à configuração da responsabilidade penal, ao equiparar “conceptualmente dolo, negligência e risco”, e contendo, assim, uma responsabilidade penal objetiva (*apud* Brito, 2010, p. 60).

¹²⁹ Brito, 2010, pp. 58-60.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 61; *vide*, da mesma autora, 2008, pp. 1427-1429 e 1434-1435.

¹³¹ Silva, 2008, p. 78. De forma distinta, mas não oposta, considerando que a imputação jurídico-penal das pessoas coletivas é feita através de uma “culpa autónoma da empresa (pela organização)” fundada na “atitude criminal coletiva” (Torrão, 2010, p. 302).

¹³² Consagra o regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Pessoas Coletivas de Direito Público, tendo sofrido alterações pela Lei n.º 31/2008, de 17 de julho. Neste regime é reconhecida “uma responsabilidade própria da pessoa colectiva, associada a uma culpa de natureza específica que é dela, e que não depende da Identificação e censura de um agente de actuação determinado” (Faria, 2016, p. 973).

¹³³ SILVA, 2008, p. 78.

¹³⁴ Magalhães, 2015, p. 192. O que alimenta a interrogação do catálogo do n.º 2 do art.º 11.º e da ausência de crimes na forma negligente do mesmo.

¹³⁵ Desenvolvido posteriormente por diversos autores (Magalhães, 2015, p. 183, nota 104).

¹³⁶ Existem autores que consideram que o modelo de Tiedemann se qualifica, não na responsabilidade direta (como Germano Marques da Silva), mas na heterorresponsabilidade (nomeadamente Gómez-Jara Díez) ou numa “terra de ninguém” entre a hetero e a auto-responsabilidade” (Magalhães, 2015, pp. 163, nota 43, e 179, nota 92).

¹³⁷ E não por facto e culpa alheios (Silva, 2008, p. 93; Bravo, 2003, p. 228).

¹³⁸ Silva, 2009, p. 185; Magalhães, 2015, pp. 179-180.

¹³⁹ Sousa, 2019, pp. 110-111.

¹⁴⁰ Anabela Rodrigues trata desta questão no âmbito dos programas de *compliance*, explorando a sua importância na responsabilização penal do ente coletivo (Rodrigues, 2019, pp. 65-66).

omissão, que seria devida à *deficiente organização colectiva*, fundamenta o juízo de censura dirigido autonomamente ao ente colectivo¹⁴¹. No entanto, observando a construção deste modelo, é visível que, no nosso ordenamento, este acabaria “por resvalar para uma responsabilidade objectiva da pessoa colectiva ao negar à mesma, enquanto arguido em processo penal, a prova de ‘organização suficiente’ de [...] ter adoptado medidas necessárias de prevenção do cometimento de delitos”¹⁴², o que comportaria, no plano do direito adjetivo, uma violação do princípio *in dubio pro reo*¹⁴³.

No art.º 7.º, n.ºs 3 e 4 da Lei n.º 67/2007, está prevista uma “responsabilidade directa do ente colectivo por um funcionamento anormal do serviço decorrente da violação de regras de prudência geral na gestão ou na administração”, em que a culpa funcional

existe sempre que, dadas as circunstâncias e os padrões médios de qualidade vigentes, fosse “razoavelmente exigível” ao serviço uma outra actuação (no sentido de outro atendimento, outra qualidade de intervenção, de acompanhamento, de vigilância, de medicação do doente) capaz de permitir evitar os danos produzidos.¹⁴⁴

Não obstante, destacamos o raciocínio de Paulo Sousa Mendes, de forma a evitar o caminho desta responsabilidade pela culpa de serviço para a responsabilização objectiva:

a responsabilidade da pessoa colectiva [...] devia fundar-se em formas de “culpa” da organização com referentes objectivos, tais como, por exemplo, a violação de códigos de conduta empresarial, que são cada vez mais frequentes enquanto expressão da responsabilidade social das empresas. A responsabilidade directa da pessoa colectiva é [...] essencial para se evitar a desresponsabilização que resultaria frequentemente da opacidade típica das organizações complexas.¹⁴⁵

Assim, a pessoa colectiva responderia “pela violação dos seus deveres de cuidado na medida do objectivamente exigível”¹⁴⁶, pois aceitamos como líquido que a violação de deveres de cuidado na organização e prestação de cuidados¹⁴⁷ se trata de uma violação de

¹⁴¹ Silva, 2009, p. 185.

¹⁴² Magalhães, 2015, pp. 182-183.

¹⁴³ Magalhães, 2015, p. 191; Rodrigues, 2019, pp. 67-68. Pinto de Albuquerque rejeita esta teoria da culpa pela deficiência organizacional (2015, pp. 128-129, anot. 29-30).

¹⁴⁴ Faria, 2016, p. 973.

¹⁴⁵ Ministério da Justiça – Unidade de Missão para a Reforma Penal, 2006, pp. 10-11.

¹⁴⁶ Faria, 2015, p. 33.

¹⁴⁷ Paula Ribeiro de Faria refere-se concretamente ao domínio dos cuidados de saúde; porém, consideramos que certos deveres a que a autora alude têm aplicação no âmbito da assistência institucional de idosos, dado que não se trata apenas do acolhimento, mas da prestação de cuidados a todos os níveis, inclusivamente de saúde, ainda que com amplitudes distintas (Faria, 2016, pp. 977-978; Fidalgo, 2016, pp. 8-9). Importa, então, o *dever de seleção dos profissionais que estão ao seu serviço* (*maxime*, assegurar a necessária articulação entre o pessoal e o correto funcionamento dos serviços, a coordenação da sua atividade, incluindo-se aqui também o treino/formação adequados dos profissionais contratados), o *dever de garantir sistemas necessários ao seguro funcionamento do estabelecimento* (particularmente, a administração e manuseamento de medicamentos), o *dever de vigilância adequada aos idosos com perturbações neurológicas* e, também, o *dever de acompanhamento do idoso acolhido* (compreendendo o dever de providenciar uma alimentação, bem-estar e higiene adequados), pois todos estes, não sendo cumpridos, terão repercussões

deveres que são próprios do ente coletivo, pelo que a atuação dos seus representantes e auxiliares compreende “um mero veículo de concretização da acção colectiva”¹⁴⁸.

Assiste razão a Paula Ribeiro de Faria¹⁴⁹ quando refere que o que estará aqui em causa é a “dimensão subjectiva” desta responsabilidade, pois é a “desconformidade do serviço prestado em relação a um padrão objectivo de qualidade” que releva efetivamente do apuramento da responsabilidade do ente coletivo, dado que o âmbito da valoração global acerca do que é exigível à pessoa coletiva em termos de prestação é a forma, normal ou não, de funcionamento do serviço. E esse *padrão objectivo de qualidade* é (fazendo uso da expressão de Paulo Sousa Mendes) um *referente objectivo*, ao qual é inerente o cumprimento dos deveres¹⁵⁰ que impendem sobre as pessoas coletivas no âmbito do serviço de assistência e de acolhimento que prestam à comunidade. Neste sentido, tal como não parece a Paula Ribeiro de Faria¹⁵¹, também nós não concluímos que “estejamos nestes casos, de [...] culpa de serviço, perante uma forma de responsabilidade objectiva sem culpa, tratando-se antes de uma situação em que a definição da ilicitude da conduta supõe uma valoração integral dos termos em que a prestação é feita”.

Destarte, parece-nos que a não responsabilização penal do ente coletivo nestes termos, especialmente quando está em causa a assistência a idosos, corrobora o ditado popular “quem cala consente”, ao condescender que estas instituições se consigam escapar (com a manutenção de serviços sem condições adequadas à sua prestação) à responsabilização penal e, conseqüentemente, às penas aplicáveis¹⁵², das quais destacamos a pena acessória do art.º 90.º-I do CP (privação do direito a subsídios, subvenções ou incentivos)¹⁵³, visto que as instituições de assistência a idosos (*e.g.*, IPSS) são beneficiárias destes apoios.

2. Condutas e ilícitos criminais imputáveis à pessoa coletiva

Como já verificámos, as diversas formas de abuso perpetrados contra idosos poderão corresponder a distintos tipos legais penais¹⁵⁴. No âmbito institucional, nem todas

negativas na saúde, podendo causar sofrimento físico e psicológico à pessoa de idade (Faria, 2013, pp. 381-386).

Em relação ao *treino ou formação dos profissionais selecionados*, Payne considera-o um enorme passo para diminuir o risco de abuso (Payne, 2011, p. 218); entendimento que partilhámos, especialmente por ser evidente que os funcionários e profissionais das instituições de assistência e acolhimento carecem de formação adequada ao público e às tarefas que desempenham. Mas não só, esta formação (de base, no mínimo, no nosso entender) deve ser *complementada com uma sólida consciencialização* para esta questão do *staff*, dos familiares e da comunidade onde se inserem estas instituições, ajudando a prevenir e a sinalizar indicadores de eventuais situações de abuso (Bárbara, 2007, p. 45).

¹⁴⁸ Os ordenamentos belga e suíço, *mutatis mutandis*, consagram este modelo (Magalhães, 2015, p. 184). O Código Penal suíço, no seu art.º 100.º, consagra a imputação direta ao ente coletivo pela falha da organização na adoção das medidas necessárias e adequadas, quando não seja possível fazer a imputação a uma pessoa física em concreto (Silva, 2009, pp. 101-102).

¹⁴⁹ Faria, 2016, pp. 974-976.

¹⁵⁰ Os quais observámos anteriormente, *vide* nota de rodapé n.º 147.

¹⁵¹ Faria, 2016, p. 976.

¹⁵² Sousa, 2019, pp. 114-115.

¹⁵³ Albuquerque, 2015, p. 417, anot. 2: “o pressuposto formal [...] é o cometimento de crime pela pessoa coletiva com flagrante e grave abuso da sua capacidade contratual ou com manifesta e grave violação dos deveres contratuais, ou revelando que não é digna da confiança geral necessária à concessão de novos benefícios públicos”.

¹⁵⁴ Carvalho, 2016, pp. 78-79.

estas formas de abuso se verificam – ou, no limite, não ocorrem com a mesma amplitude e através dos mesmos meios.

Neste sentido, aludimos às formas de abuso que sucedam no meio institucional de idosos e consubstanciem um abuso institucional *qua tale*, ou seja, que sejam passíveis, *de jure condito et condendo*, de imputação à pessoa coletiva.

Adereçada a delimitação dos ilícitos imputáveis à pessoa coletiva neste contexto¹⁵⁵, podemos adiantar que, tendo como base o catálogo do n.º 2 do art.º 11.º CP¹⁵⁶, serão imputáveis um número reduzido de tipos legais, deixando de fora relevantes formas de abuso.

No domínio dos crimes contra a integridade física, será, então, aplicável à pessoa coletiva unicamente o tipo legal de maus-tratos (art.º 152.º-A), considerando que a violência doméstica (art.º 152.º) não se aplica no âmbito institucional, porque implica que o agente tenha uma determinada relação (conjugal ou análoga, atual ou anterior) com a vítima¹⁵⁷. As diversas formas que o abuso institucional pode tomar são abarcadas por este tipo legal. Embora o crime de maus-tratos seja aplicável neste âmbito¹⁵⁸, este é sempre doloso¹⁵⁹, pelo que as condutas negligentes ficam excluídas da imputação – interrogação que é recorrente na doutrina quanto ao catálogo normativo, e para a qual a maioria dos autores não encontra justificação legislativa¹⁶⁰.

Assim, perfilhamos o entendimento de Paula Ribeiro de Faria¹⁶¹ (ainda que a autora atente à área da saúde – mas que, como já referimos *supra*, compreendemos tratar-se de um âmbito muito presente no contexto institucional de idosos):

Uma vez que [...] podem ser afectados de forma particularmente intensa interesses e bens jurídicos fundamentais das pessoas, o que justifica o reconhecimento de um sem-número de deveres legais relativamente às entidades [...] não seria insólito pensar no alargamento desta responsabilidade e da função preventiva que lhe anda associada às hipóteses de lesão da vida ou integridade física devido a uma violação de deveres de cuidado por parte das pessoas colectivas.

Neste âmbito, importa-nos salientar que o Princípio Bagatelar é, por norma, considerado nos crimes de natureza pessoal (distintamente do que sucede nos crimes

¹⁵⁵ Para uma análise geral do catálogo do art.º 11.º, n.º 2 do CP, *vide* Lois, 2015, pp. 214-223.

¹⁵⁶ *Brevitatis causa*, não iremos analisar os tipos legais contidos em legislação penal extravagante, ainda que o regime do art.º 11.º do CP se aplique, por força dos artigos 4.º e 7.º da Lei n.º 59/2007 (Carvalho, 2009, pp. 75-76).

¹⁵⁷ Carvalho, 2012, p. 513, § 2.

¹⁵⁸ Onde se verifica a relação de supra-ordenação do agente face à vítima (Carvalho, 2012, p. 535, § 3-4).

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 538, § 11.

¹⁶⁰ Silva, 2008, p. 73; Faria, 2013, pp. 379-380, e 2016, pp. 979-980; no mesmo sentido, Teresa Quintela de Brito (2010, p. 44) refere que “está, gritante e inexplicavelmente, ausente o homicídio, com frequência cometido na e através de organizações, sobretudo na forma negligente”; Paulo Sousa Mendes defendeu a inserção do crime de homicídio a título de negligência grosseira no catálogo, mas sem sucesso (Ministério da Justiça – Unidade de Missão para a Reforma Penal, 2006, p. 10).

¹⁶¹ Faria, 2013, p. 381.

patrimoniais)¹⁶²; porém, entendemos – à semelhança da autora – que, quando estejam em causa idosos (tal como no caso das crianças), “a margem para a não intervenção do Direito Penal deve ser o mais curta possível”¹⁶³, pois, todo o mau trato contra a pessoa de idade, além de ter relevância criminal formal, revela uma falta de consideração pelos outros que, só por si, já tem uma relevância penal específica¹⁶⁴.

No que remete para os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual, importa o tipo legal de lenocínio (art.º 169.º, com base no seu n.º 2, al. d)), pois os crimes previstos pelos artigos 163.º a 166.º, ainda que, genericamente, fossem aplicáveis, têm, na sua inclusão no art.º 11.º, n.º 2, a premissa “sendo a vítima menor”¹⁶⁵, pelo que não se enquadram nos casos de abuso institucional de idosos.

Quanto a isto, alertamos para a necessidade de avaliar esta questão, pois trata-se de crimes com elevadas cifras negras, sendo mais frequentes do que aparentam (nomeadamente, no âmbito de estabelecimentos de assistência); ademais, estes tipos legais relacionam-se, a nosso ver, com o dever de seleção de pessoal, pelo que, considerando a situação de institucionalização em que o idoso se encontra, a par da vulnerabilidade em função da idade, a tutela não deverá limitar-se apenas a menores. Os crimes dos artigos 168.º e 171.º a 176.º não têm aplicação quanto a vítimas idosas, precisamente, pela especificidade dos sujeitos passivos em causa (no art.º 168.º trata-se de mulher em idade fértil e os restantes referem-se a menores).

No que respeita aos crimes contra o património em geral¹⁶⁶, releva o crime de burla qualificada (art.º 218.º, n.º 2, al. c)), sendo um tipo paradigmático de abuso financeiro (*e.g.*, investimentos e empréstimos fraudulentos¹⁶⁷).

Por último, afigura-se indispensável ressaltar que consideramos a solução consagrada no nosso ordenamento para o desempenho de funções que impliquem o contacto regular com menores (*i.e.*, a aferição de idoneidade através da exigência de apresentação anual do certificado de registo criminal, Lei n.º 113/2009, de 17 de setembro) uma medida desejável a ser alargada às atividades que envolvam o contacto com idosos, por

¹⁶² Faria, 2005, p. 320.

¹⁶³ Faria, 2015, p. 61.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 50, nota n.º 52.

¹⁶⁵ Lois, 2015, pp. 217-218.

¹⁶⁶ Uma breve nota sobre um tipo legal que, embora não sendo *tipicamente* enquadrável no abuso institucional a que atendemos, não deixa de consubstanciar, a nosso ver, um abuso exercido por uma instituição contra uma vítima de idade e, portanto, não pode ser desconsiderado (sem esquecermos a sua elevada ocorrência): a usura (art.º 226.º) – *e.g.*, a publicidade enganosa (e intensa) feita aos idosos relativamente a certos bens e produtos (*e.g.*, as televendas) (Payne, 2011, pp. 90-91; Faria, 2015, pp. 42-47).

Podemos ainda equacionar no contexto institucional, o crime de furto (qualificado, art.º 204.º, n.º 1, al. d)), que, embora não concretizando um caso líquido de abuso institucional, principalmente por ser um crime praticado por uma pessoa física (o funcionário), certo é que se relaciona com os deveres de impendim sobre o ente coletivo (*maxime*, o dever de seleção do pessoal), pelo que não deixa de ser relevante neste âmbito (um exemplo de uma situação “mínima” é o troco que o funcionário, ao fazer um recado ao idoso, já não devolve, porque entende que a pessoa já não está em condições para fazer as contas – ainda que se entenda como um “pequeno” abuso, inclusive, pelo reduzido valor patrimonial que pode implicar, não deixa de ser um caso que, a vir a público, afeta a própria imagem da instituição).

¹⁶⁷ Payne, 2011, pp. 106-107.

entendermos que esta faixa etária carece de proteção pela vulnerabilidade que, genericamente, comporta.

3. O alargamento do âmbito da norma de incriminação

Percorrido o trajeto da imputação penal dos entes coletivos, importa agora observar o âmbito de aplicação dessa responsabilidade, *i.e.*, quais as pessoas coletivas que a ela estão sujeitas – principalmente, no que concerne ao âmbito institucional de idosos¹⁶⁸.

O art.º 11.º, n.º 2 do CP dispõe que são suscetíveis de responsabilidade penal, as “pessoas coletivas e entidades equiparadas, com exceção do Estado, de pessoas coletivas no exercício de prerrogativas de poder público e de organizações de direito internacional público”^{169 170}.

Neste sentido, verifica-se que o legislador procedeu a uma delimitação expressa do âmbito de aplicação da responsabilidade penal, ao excluir o Estado, as pessoas coletivas que atuam no exercício de *ius imperii* e as organizações internacionais públicas. Todavia, não deixa de ser visível a incongruência desta consagração comparativamente à responsabilização no domínio da legislação penal extravagante, onde entes coletivos públicos respondem criminalmente¹⁷¹.

Não obstante, para Reis Bravo¹⁷², a isenção de responsabilidade penal do Estado é *natural à sua origem*, sendo o detentor legítimo do *ius puniendi* e aquele que tem a função de proteger os interesses gerais; pelo que, ao responsabilizar-se o Estado, este “converter-se-ia [...] em órgão auto-sancionador”. Ainda assim, o autor refere que – como demonstra a História – não é impensável a conceção de que o Estado “possa ser aproveitado e utilizado [...] para a prática de crimes”, mas já será distinto “admitir que a sua

¹⁶⁸ Tomaremos como paradigma neste contexto, as IPSS – estatuto que abarca entidades privadas e, também, a União de Misericórdias Portuguesas (onde se inserem todas as SCM), por força do compromisso de cooperação (e que, apesar de serem pessoas jurídicas canónicas, não estão excluídas da possibilidade de responsabilização penal devido a esse estatuto – para mais desenvolvimentos, *vide* Mesquita, 2014, pp. 134-137) – e os lares com fins lucrativos de apoio a idosos (art.ºs 2.º e 3.º DL n.º 133-A/97 e DN n.º 67/89), enquanto entidades privadas a quem a lei confere estatuto de pessoas coletivas de utilidade pública.

As IPSS existentes no nosso ordenamento jurídico constam da *Lista de Instituições Particulares de Solidariedade Social registadas* (*vide* Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social, 2019).

Para outras notas acerca do papel das IPSS em relação à população idosa, *vide* Bárbara, 2007, pp. 27-29.

¹⁶⁹ O legislador clarificou, no n.º 5 da norma, que se entendem por entidades equiparadas a entes coletivos as associações de facto e as sociedades civis (Bravo, 2008, pp. 162-164). Sobre os entes abrangidos pelo conceito de *pessoas coletivas* veja-se *ibid.*, pp. 161-162 e Silva, 2009, pp. 214-216. Denotamos, na senda de Reis Bravo e Germano Marques da Silva, que esta equiparação só opera no âmbito dos crimes elencados no CP. Germano Marques da Silva frisa ainda que a personalidade jurídica não é pressuposto da responsabilidade penal, o que fundamenta a admissibilidade de responsabilização penal das associações de facto enquanto entidades equiparadas (*ibid.*, pp. 212 e 219-220).

¹⁷⁰ Quanto ao caso holandês, que já referimos (*vide* nota de rodapé n.º 90), tem havido alguma relutância em responsabilizar o Estado, pelo que os tribunais holandeses têm condenado o Estado “simbolicamente” (Salgueiro, 2014, p. 325, nota 28). Quanto a entidades públicas, no ordenamento holandês já sucederam condenações, tendo inclusivamente ocorrido a responsabilização de um hospital público por homicídio negligente (*ibid.*, p. 337, nota 65).

¹⁷¹ Salgueiro, 2014, pp. 326-327. Partilhamos da posição da autora quando reitera que seria mais apropriada a unificação, ou no limite, harmonização dos regimes. Germano Marques da Silva atenta que esta exclusão do art.º 11.º não deve ser considerada válida para a legislação especial, visto tal não estar expressamente disposto (Silva, 2009, p. 215).

¹⁷² Bravo, 2008, p. 181. No mesmo sentido, Faria, 2016, p. 982; Meireles, 2008, p. 124, e também Salgueiro, 2014, p. 329.

natureza originária” componha esse propósito¹⁷³. Associa-se ainda a estes argumentos o facto de, ao ser aplicada ao Estado uma pena de multa, se estar a atingir, em bom rigor, os contribuintes, não se alcançando qualquer finalidade preventiva¹⁷⁴.

Susana Aires de Sousa¹⁷⁵ refere que a exclusão destas entidades decorre dos textos comunitários, pois estes assentam o critério de exclusão no exercício de poderes de soberania, devendo os entes públicos (exceto os territoriais) ser responsabilizados penalmente quando tenham atuado sem prerrogativas de poder público.

Ora, perante a dificuldade existente em definir pessoa coletiva pública¹⁷⁶, este é apenas um dos critérios considerados pela doutrina administrativa para a distinção entre entes coletivos públicos e privados (inclusive, atualmente, entende-se que apenas um critério não é suficiente para a classificação – *critério misto*¹⁷⁷), utilizando outros como a iniciativa da sua criação (pelo Estado ou não), o fim que prosseguem, o regime jurídico que lhes é aplicável, *inter alia*. Com efeito, até 2015, o legislador considerava uma definição tão ampla de pessoas coletivas públicas, que abrangia “de forma extensa pessoas de direito privado”¹⁷⁸.

Com a Lei n.º 30/2015, de 22 de abril, revogou-se o n.º 3 do art.º 11.º (e respetivas alíneas), sendo de aplaudir a melhoria desta exigência, pese embora o legislador se mantenha menos exigente que os administrativistas na delimitação das pessoas coletivas públicas, ao ter em conta o critério da atuação no exercício de *ius imperii*, considerando cada ato em concreto¹⁷⁹ (antes de 2015 entendia-se em abstrato), em detrimento de um verdadeiro *critério misto*. Em boa verdade, com esta alteração, a lei portuguesa aproximou-se das regras europeias e internacionais, como afirmámos acima, no entendimento de Susana Aires de Sousa¹⁸⁰.

Como Ana Cláudia Salgueiro, também nós concordamos com a exclusão das entidades públicas primárias e partilhamos da sua apreensão quanto à exclusão das entidades públicas empresariais¹⁸¹. Neste âmbito, diz-nos, e com razão, Paula Ribeiro de Faria¹⁸² que, apesar de não restarem “dúvida[s] de que as pessoas colectivas públicas existem para garantir a satisfação de interesses lícitos do Estado”, não parece plausível que “a partir daí se possa deixar deduzir uma presunção de licitude penal geral da sua actuação”, especialmente porque “no âmbito das pessoas colectivas públicas se integram as pessoas colectivas empresariais e as entidades concessionárias de serviços públicos, com estruturas e formas de actuar muito próximas das pessoas colectivas de direito pri-

¹⁷³ Bravo, 2008, p. 180. Entendimento que perfilhamos.

¹⁷⁴ Salgueiro, 2014, p. 329; Faria, 2016, p. 982.

¹⁷⁵ Sousa, 2012, p. 9, e 2019, pp. 112-113. Neste sentido, Albuquerque, 2015, p. 135, anot. 6-7. Contra, reforçando a sua interrogação quanto à inconstitucionalidade desta opção, Salgueiro, 2014, p. 345.

¹⁷⁶ Meireles, 2008, p. 125.

¹⁷⁷ Quanto a este critério misto e às suas possíveis configurações pela doutrina, *vide* Sousa, 2012, p. 10.

¹⁷⁸ *Ibid.*, pp. 10-11, e, da mesma autora, 2019, pp. 112-113. Igualmente, Fidalgo, 2016, p. 27.

¹⁷⁹ Também assim se pronunciou o TRP, pelo Ac. de 13 de junho de 2018 (*apud* Sousa, 2019, p. 113).

¹⁸⁰ Sousa, 2019, pp. 112-113.

¹⁸¹ Salgueiro, 2014, pp. 345-346. Também, Sousa, 2019, p. 113.

¹⁸² Faria, 2016, p. 982; Sousa, 2012, p. 12.

vado”, *i.e.*, têm uma potencialidade lesiva de bens jurídicos (de afetação dos direitos e dos interesses dos particulares) equivalente às empresas privadas *qua tale*¹⁸³.

Com efeito, no que concerne especificamente às instituições de acolhimento de idosos, temos, no nosso ordenamento, as IPSS, que são “pessoas coletivas, sem finalidade lucrativa, constituídas exclusivamente por iniciativa de particulares, com o propósito de dar expressão organizada ao dever moral de justiça e de solidariedade, contribuindo para a efetivação dos direitos sociais dos cidadãos”^{184 185}, e que, com o respetivo registo, adquirem, *ope legis*, “automaticamente a natureza de pessoas coletivas de utilidade pública”¹⁸⁶.

Seguimos aqui a interrogação de Mariana Fidalgo¹⁸⁷ sobre a isenção destas instituições de responsabilidade penal. E concluímos pela sua exclusão, ainda que não inteiramente como a autora (que baseia a isenção destas instituições no facto de “prossequirem interesses públicos”, “cooperarem com a Administração Pública através da prossecução das suas atribuições” e, assim, exercerem poderes públicos em consequência do seu estatuto, integrando-as no conceito de pessoas coletivas que agem no exercício de *ius imperii*), pois, nesta nossa dedução, atendemos à recente pronúncia do TRP¹⁸⁸:

O regime jurídico da declaração de utilidade pública está previsto no Decreto-Lei n.º 391/2007, de 13 de Dezembro. Nele não se prevê a atribuição de quaisquer poderes de autoridade pública às instituições que dele beneficiem. Apenas se lhe concede um estatuto especial, que permite obter certos benefícios (por exemplo, isenções fiscais), em atenção ao interesse público da sua actividade. Parece-nos, pois, forçado, sem mais análise, equiparar o conceito de “pessoa colectiva de utilidade pública” ao de “pessoa colectiva no exercício de prerrogativas de poder público”. [...] Temos assim como seguro que a exclusão de responsabilidade prevista no artigo 11.º n.º 2 do CP, só é concedida às pessoas colectivas – públicas ou privadas – que, em relação ao concreto acto, tenham actuado no exercício de prerrogativas de poder público, que é como quem diz, de exercício da autoridade pública. Ou seja, o que releva não é a utilidade pública da função exercida pela pessoa colectiva – a qualidade do resultado da actuação – mas sim a forma de exercício da sua actividade, dotada de *jus imperi*.

Nestes termos, o TRP considerou que não se podem entender como entidades que exercem prerrogativas de interesse público, as “IPSS, Misericórdias e Associações de Bombeiros, cujo traço identificativo comum não é o exercício da autoridade pública mas

¹⁸³ Faria, 2013, pp. 387-388. Nestes termos, Faria Costa afirma que esta distinção de responsabilização de uma entidade privada *tout court*, que desenvolva a mesma atividade que um ente privado concessionário ou que exerça poderes de autoridade, “não tem qualquer razão de ser”, pois, entre nós, “o exercício de funções públicas constitui, tradicionalmente, motivo de agravação da responsabilidade e não da sua exclusão” (Costa, 2015, p. 241). Susana Aires de Sousa, por sua vez, considera-o um *privilegio injustificado* (Sousa, 2012, p. 13).

¹⁸⁴ Art.º 1.º do DL n.º 172-A/2014, de 14 de novembro.

¹⁸⁵ “em termos de merecerem da parte da Administração a declaração de utilidade pública”, Ac. TRP de 13 de junho de 2018 (relator Manuel Soares) (2018).

¹⁸⁶ Art.º 8.º do DL n.º 172-A/2014, de 14 de novembro.

¹⁸⁷ Fidalgo, 2016, p. 28.

¹⁸⁸ Ac. TRP de 13 de junho de 2018.

sim a prossecução de fins de interesse público, exercidos sob a forma privada, sem *jus imperi*¹⁸⁹ – critério que enalteçemos –; por isso, é líquida a irresponsabilidade, por ora (na nossa expectativa), das instituições de acolhimento e/ou assistência a idosos pelo abuso institucional que possam cometer, e que resulte nos tipos legais ausentes do catálogo do n.º 2 do art.º 11 do CP, mas já não pela sua isenção geral de responsabilidade penal.

IV. Considerações finais

Como referimos inicialmente, vivemos numa era onde o envelhecimento populacional é uma realidade cada vez menos invisível, tornando-se premente dar resposta aos desafios que daqui emergem, nomeadamente, o papel do idoso na comunidade, a sua eventual institucionalização e os abusos que podem sofrer nesse contexto.

Após a devida exposição dos conceitos essenciais à nossa investigação, entrámos na controversa questão da responsabilização penal das pessoas coletivas, questão essa que não é novidade, mas que nem por isso se aproxima de um consenso.

Daí concluímos que a pessoa coletiva que cometa abuso institucional no ordenamento jurídico português não será responsabilizada criminalmente, *maxime*, por duas ordens de razão: o abuso institucional *qua tale* com dimensão penal não está previsto no nosso quadro normativo e a responsabilidade penal das pessoas coletivas está limitada aos crimes incluídos no catálogo do n.º 2 do art.º 11.º do CP, do qual se encontram excluídos relevantes tipos legais criminalizadores de condutas que consubstanciam esse tipo de abuso. Assim, reiteramos a carência de uma alteração legislativa, no sentido de incluir nesse catálogo crimes como o homicídio e as ofensas à integridade física, surtindo o efeito preventivo visado pelo Direito Penal.

Através da exegese do art.º 11.º do CP, discorreremos sobre os modelos de imputação da responsabilidade penal às pessoas coletivas e reconhecemos, na alínea b) do n.º 2, alguns laivos da autorresponsabilidade, ainda que o nosso legislador o faça sem se desprender da pessoa singular que atue no nome e no interesse daquela.

Uma vez mais, inferimos o impacto positivo que a consagração de uma culpa funcional (que, como vimos, é possível equacionar sem resvalar para uma responsabilidade objetiva), no plano penal, comportaria. Isto porque não percebemos como aceitável uma conjectura fomentada pela constante deficiente realização de um serviço, onde a entidade prestadora tem a obrigação de assegurar o bem-estar e a segurança dos seus beneficiários (e assume-a expressamente – juntamente com os deveres que lhe impendem – quando se apresenta como uma entidade de assistência e/ou acolhimento, *in casu*, de idosos), revelando com esta execução deficiente uma agravada desconsideração pelas funções e pelo papel que desempenha. Mais se afigura incompreensível que essa mesma atuação (com pesadas repercussões para os utentes a que se destina) se encontre num limiar de irresponsabilização penal.

¹⁸⁹ *Ibid.* Distintamente, Salgueiro, 2014, p. 343.

Não ignoramos aqui que a responsabilidade penal das pessoas coletivas terá, como espelha Paula Ribeiro de Faria¹⁹⁰, “efeitos colaterais devastadores relativamente a terceiros”; contudo,

convém não perder de vista que estes efeitos também se produzem quando se condena a pessoa colectiva ao pagamento de [...] indemnizações, e nem por isso se está disposto a abrir mão destes mecanismos [... sendo] possível admitir que a condenação penal das pessoas singulares *produza mais efeitos colaterais sobre terceiros [...] do que a condenação de pessoas colectivas cujas obrigações penais se deixam limitar ao seu património.*

E porque *mais do que boas intenções, importam as boas concretizações*, tivemos oportunidade de observar a recente consideração do TRP, que concluiu pela não exclusão da responsabilidade penal das IPSS. Não obstante, como expusemos *supra*, muito há ainda a fazer neste âmbito, sendo pertinente, após mais de uma década da sua consagração nestes termos, a revisão do regime do art.º 11.º do CP, e desejável a sua alteração.

A par disto, entendemos que é imperativo apostar na formação dos funcionários e profissionais que atuam no contexto institucional e “sensibilizar as instituições à Humanização dos serviços”¹⁹¹, já que a falta desta é um dos maiores problemas com que o idoso se defronta nas instituições. Mas não só: é igualmente impreterível operar uma alteração da mentalidade social em relação ao *velho* e ao *envelhecer*.

Aqui chegados, resta-nos enunciar a “lei da vida”, uma vez que o fenómeno de *Benjamin Button* é obra da ficção e, portanto, ninguém caminha para a infância; assim, *se as crianças de hoje serão os adultos de amanhã*, mais ainda serão os idosos de um dia, pelo que encerramos (da mesma forma que iniciámos, mas nunca ignorando todo o percurso trilhado até aqui) com as acertadas palavras de Simone de Beauvoir, que considera que “um país que não se preocupa nem protege os seus idosos é um país sem futuro”¹⁹².

¹⁹⁰ Faria, 2016, pp. 990-991.

¹⁹¹ Bárbara, 2007, p. 45, contrariamente ao principal foco dos sucessivos governos neste âmbito, centrado na regulação e fiscalização das instituições (CNECV, 2014, p. 8).

¹⁹² Simone de Beauvoir *apud* Sofia Rijo/Expresso (2011).

V. Bibliografia

ALBUQUERQUE, P.P. (2015). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.^a Edição. Lisboa: Universidade Católica Editora.

ANTUNES, M.J. (2015). *Consequências jurídicas do crime*, 2.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

BANDEIRA, G.S.M. (2017). Responsabilidade penal e contraordenacional das organizações colectivas. In *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Vol. I. Instituto Jurídico, pp. 129-148.

BÁRBARA, A.T.S. (2007). O idoso institucionalizado no contexto sócio-jurídico português. In *Estudos sobre o direito das pessoas*. Coimbra: Almedina, pp. 25-47.

BARROSO, R.A.D. (2014). Há direitos dos idosos? *Revista Julgar*, n.º 22, pp. 117-127.

BEAUVOIR, S. (1970). *La vieillesse*. Gallimard.

BELEZA, T.P. (2008). Violência doméstica. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 1.º Sem., n.º 8 (Especial), pp. 281-291.

BRAVO, J.R. (2003). Critérios de imputação jurídico-penal de entes colectivos (elementos para uma dogmática alternativa da responsabilidade penal de entes colectivos). *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 2, pp. 207-250.

BRAVO, J.R. (2008). *Direito penal de entes colectivos*. Coimbra: Coimbra Editora.

BRITO, T.Q. (2008). Responsabilidade criminal das pessoas colectivas e equiparadas: algumas pistas para a articulação da responsabilidade individual e colectiva. In *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. II. Almedina, pp. 1425-1443.

BRITO, T.Q. (2010). Responsabilidade criminal de entes colectivos – Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.º do Código Penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 1, pp. 41-71.

BYTHEWAY, B. (2005). Ageism. In *The Cambridge handbook of age and ageing*. Cambridge University Press, pp. 338-345.

CARVALHO, A.S.M. (2016). Violência e crimes contra idosos: uma perspectiva luso-brasileira. In *Liber Amicorum Manuel Simas Santos*. Rei dos Livros, pp. 73-85.

CARVALHO, A.T. (2012). Anotação ao artigo 152.º. In *Comentário conimbricense do Código Penal – Tomo I*, 2.^a Edição. Coimbra Editora.

CARVALHO, J.M.C.G.T. (2009). Responsabilidade penal das pessoas colectivas: do repúdio absoluto ao actual estado das coisas. *Revista do Ministério Público*, n.º 118, pp. 45-96.

COSTA, J.F. (2015). *Noções fundamentais de direito penal: (Fragmenta iuris poenalis)*, 4.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

DAICHMAN, L.S., AGUAS, S. & SPENCER, C. (2017). Elder abuse. In *International Encyclopedia of Public Health*, 2.nd Edition, pp. 443-447.

DIAS, J.F. (2012). *Direito penal – Parte geral*. Tomo I, 2.^a Edição. Coimbra Editora.

ESAKOV, G.A. (2010). Corporate criminal liability: A comparative review. *C. U. H. K. Law Review*, n.º 2, pp. 173-192.

FARIA, D., OLIVEIRA, M. & SIMÕES, J.A. (2012). Políticas públicas de defesa e promoção dos direitos dos idosos. *Revista Portuguesa de Bioética: Cadernos de Bioética*, n.º 16, pp. 67-79.

FARIA, P.R. (2005). *A adequação social da conduta no direito penal ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal*. Porto: Publicações Universidade Católica.

FARIA, P.R. (2017). A protecção social das pessoas idosas na Carta Social Europeia revista, no Código Europeu da Segurança Social e no direito português. *Lex Social – Revista jurídica de los derechos sociales*, Monográfico 1, pp. 302-323.

FARIA, P.R. (2013). A reconfiguração da responsabilidade individual e o dever de protecção da saúde – A perspectiva do direito penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 3, pp. 361-390.

FARIA, P.R. (2016) A responsabilidade penal das pessoas colectivas no âmbito da prestação de cuidados de saúde. In *Liber amicorum Manuel Simas Santos*. Rei dos Livros, pp. 967-998.

FARIA, P.R. (2012). Anotação ao artigo 143.º. In *Comentário conimbricense do Código Penal – Tomo I*, 2.ª Edição. Coimbra Editora.

FARIA, P.R. (2015). *Os crimes praticados contra idosos*, 2.ª Edição. Universidade Católica Editora.

FIDALGO, M. (2016) A pertinência do alargamento da responsabilidade criminal das pessoas coletivas – Reflexões e contributos para uma tutela jurídico-penal efetiva dos idosos. In *Julgar Online*.

FONSECA, A. (2006). *O envelhecimento: uma abordagem psicológica*, 2.ª Edição. Universidade Católica Editora.

FONSECA, R., GOMES, I., FARIA, P. L. & GIL, A.P. (2012). Perspetivas atuais sobre a protecção jurídica da pessoa idosa vítima de violência familiar: Contributo para uma investigação em saúde pública. *Revista Portuguesa de Saúde Pública*, 30 (2), pp. 149-162.

FRAZÃO, S.L., CORREIA, A.M., NORTON, P. & MAGALHÃES, T. (2015). Physical abuse against elderly persons in institutional settings. *Journal of Forensic and Legal Medicine*, 36, pp. 54-60.

HERRING, J. (2009). *Family law*, 4.th Edition. Pearson Education.

JOHNSON, M.L. (2005). The social construction of old age as a problem. In *The Cambridge handbook of age and ageing*. Cambridge University Press, pp. 563-571.

KAMAVARAPU, Y.S., FERRITER, M., MORTON, S. & VÖLLM, B. (2017). Institutional abuse – Characteristics of victims, perpetrators and organisations: A systematic review. *Euro-pean Psychiatry*, vol. 40, pp. 45-54.

LIMA, M.P. (2010). *Envelhecimento(s)*. Imprensa da Universidade de Coimbra.

LOIS, L. (2015). A escolha legislativa na responsabilização penal das pessoas coletivas. In *Comparticipação, pessoas coletivas e responsabilidade – 11 Estudos de direito penal e direito de mera ordenação social*. Coimbra: Almedina, pp. 191-225.

MAGALHÃES, T. (2010), *Violência e abuso – Respostas simples para questões complexas*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.

MAGALHÃES, T.C. (2015). Modelos de imputação do facto à pessoa colectiva em direito penal: uma abordagem do pensamento dogmático (e de direito comparado) como tentativa de compreensão do discurso legislativo. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 1-4, pp. 145-212.

MEIRELES, M. (2008). A responsabilidade penal das pessoas colectivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao Código Penal ditada pela Lei 59/2007, de 4 de Setembro: Algumas notas. *Revista Julgar*, n.º 5, pp. 121-138.

MESQUITA, P.D. (2014). A tutela das Misericórdias e o âmbito das jurisdições eclesiástica e do Estado. *Revista Julgar*, n.º 23, pp. 107-139.

MOURA, C. (2006). *Século XXI – Século do envelhecimento*. Lusociência.

NIETO MARTÍN, A. (2008). La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad penal. *Nueva Doctrina Penal*, n.º 1.

OFFICER, A. & FUENTE-NÚÑEZ, V. (2018). A global campaign to combat ageism. *Bulletin of the World Health Organization*, n.º 96, pp. 295-296.

PAYNE, B.K. (2011), *Crime and elder abuse: An integrated perspective*, 3rd Edition. Charles C. Thomas.

RODRIGUES, A. (2019). *Direito penal económico – Uma política criminal na era compliance*. Almedina.

SALGUEIRO, A.C. (2014). A exclusão da responsabilidade criminal das entidades públicas (inconstitucionalidade do artigo 11.º, n.ºs 2 e 3, do Código Penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 3, pp. 315-358.

SALGUEIRO, A.C. (2018). “Imputabilidade” e “inimputabilidade” jurídico-penal da pessoa colectiva. *Revista do Ministério Público*, n.º 153, pp. 215-244.

SILVA, G.M. (2012). Da responsabilidade individual à responsabilidade colectiva em direito penal económico. *Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, pp. 513-527.

SILVA, G.M. (2008) Responsabilidade penal das pessoas colectivas – Alterações ao Código Penal introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro. *Revista do Centro de Estudos Judiciário*, 1.º Sem., n.º 8 (Especial), pp. 67-97.

SILVA, G.M. (2009). *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*. Editorial Verbo.

SOUSA, S.A. (2019). *Questões fundamentais de direito penal da empresa*. Coimbra: Almedina.

SOUSA, S.A. (2012). Societas publica (non) deliquere potest: Reflexões sobre a irresponsabilidade dos entes públicos no ordenamento jurídico português. In *Actas do XV Encuentro AECA “Nuevos caminos para Europa: El papel de las empresas y los gobiernos”*, 20-21 de setembro.

TORRÃO, F. (2010). *Societas delinquere potest? – Da responsabilidade individual e colectiva nos “crimes de empresa”*. Teses de Doutoramento, Almedina.

ZIMERMAN, G.I. (2000). *Velhice – Aspectos biopsicossociais*. Porto Alegre: Artmed.

i. Outras referências

Ac. TRP de 13 de junho de 2018 (relator Manuel Soares) (2018), retirado de <http://www.dgsi.pt/jtrp.6e7121657f91e80257cda00381fdf/40dac030ee7878d6802582b700380095?OpenDocument>.

APAV (2018, julho), *Pessoas Idosas Vítimas de Crime e de Violência – Estatísticas 2013-2017*, retirado de https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/Estatisticas_APAV_Pessoas_Idosas_2013_2017.pdf.

BERLIN INSTITUTE FOR POPULATION AND DEVELOPMENT (2017). *Europe’s Demographic Future*, retirado de https://www.berlin-institut.org/fileadmin/user_upload/Europas_demografische_Zukunft_2017/Europa_engl_online.pdf.

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA (2014). *o80/CNECV/2014 – Parecer sobre as vulnerabilidades das pessoas idosas, em especial das que residem em instituições*.

DIÁRIO DE NOTÍCIAS/LUSA (2018, 23 fevereiro). *OMS. Portugal é um dos cinco países da Europa que pior trata os idosos*, retirado de <https://www.dn.pt/portugal/interior/portugal-esta-nos-cinco-paises-da-europa-que-pior-trata-os-idosos-estudo-9139937.html>.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – UNIDADE DE MISSÃO PARA A REFORMA PENAL (2006). *Acta n.º 9, de 3 de Janeiro*.

MINISTÉRIO DO TRABALHO, SOLIDARIEDADE E SEGURANÇA SOCIAL (2019). *Governo apresenta medidas de apoio ao cuidador informal*, retirado de <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc21/comunicacao/noticia?i=governo-apresenta-medidas-de-apoio-ao-cuidador-informal>.

MINISTÉRIO DO TRABALHO, SOLIDARIEDADE E SEGURANÇA SOCIAL (2019). *Lista de Instituições Particulares de Solidariedade Social registadas*, retirado de <http://www.seg-social.pt/publicacoes?bundleId=16167108>.

SINDICATO DOS MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO (2016). *Parecer sobre o Projecto de Lei n.º 62/XIII, Criminalizando um conjunto de condutas que atentam contra os direitos fundamentais dos idosos*.

SOFIA RIJO/EXPRESSO (2011, 11 julho). *Crianças de hoje idosos de amanhã*, retirado de https://expresso.pt/blogues/bloguet_lifestyle/Avidadesaltosaltos/criancas-de-hoje-idosos-de-amanha=f660931#gs.9610ze.

UNITED NATIONS DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS/POPULATION DIVISION (2017). *World population prospects: The 2017 revision, key findings and advance tables*.

UNITED NATIONS POPULATION FUND & HELPAGE INTERNATIONAL (2012). *Envelhecimento no século XXI: Celebração e desafio – resumo executivo*.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (2011). *European report on preventing elder maltreatment*.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (2002). *The Toronto declaration on the global prevention of elder abuse*.

**A suspensão da execução da pena de prisão
e os crimes sexuais**

Ana Rita Lopes Costa Fidalgo Fernandes

Sob a orientação da
Professora Doutora Conceição Ferreira da Cunha

Agradecimentos

Aos meus pais, pela oportunidade.

À minha orientadora, pela dedicação.

Resumo

A presente dissertação versa sobre a suspensão da execução da pena de prisão e a sua aplicação no âmbito dos crimes de cariz sexual. Procurou-se perceber se, atendendo às particularidades dos crimes sexuais e dos seus perpetradores e às suas repercussões comunitárias, é prudente um recurso tão frequente a este instituto. Para isso, analisaram-se as circunstâncias que rodeiam um comportamento sexual agressivo e o que o propulsiona. Abordou-se também o sentimento comunitário perante tais crimes. Apesar de se tratar de um tópico que reclama um tratamento multidisciplinar, concluiu-se que este tipo de crimes e de agressores está a ser considerado à luz de dados que não representam a realidade.

Palavras-chave: Crimes sexuais; penas de substituição; suspensão da execução da pena de prisão; finalidades da pena; prevenção geral; prevenção especial; agressores sexuais; distorções cognitivas.

Abstract

This dissertation addresses the suspension of the execution of the prison sentence in sexual crimes. Considering the particularities of sexual assault and sexual offenders, it is prudent to resort to this institute so frequently? To this end, we analyse the circumstances that surround aggressive sexual behaviour. Although this is a topic requiring multidisciplinary treatment, we conclude that this type of crime and these particular offenders are being considered in the light of data that does not represent the reality.

Keywords: Sexual crimes; alternative measures to imprisonment; suspension of the execution of the prison sentence; purposes of punishment; general prevention; special prevention; sexual offenders; cognitive distortions.

Lista de abreviaturas

Ac.	acórdão
Art. / Arts.	artigos / artigos
BGH	<i>bundesgerichtshof</i>
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
Cf.	conferir
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
Ed.	edição
N.º	número
<i>Ob. cit.</i>	obra citada
OMS	Organização Mundial da Saúde
P. / PP.	página / páginas
PAN	partido Pessoas-Animais-Natureza
Prof.	professor
RASI	Relatório Anual de Segurança Interna
Ss.	seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
Supl.	suplemento
TC	Tribunal Constitucional
Trad.	tradução

Índice

Introdução	6
1. As finalidades da pena	7
1.1. As teorias absolutas ou de retribuição	7
1.2. As teorias relativas ou de integração	9
1.2.1. Teoria da prevenção geral	9
1.2.2. Teoria da prevenção especial	11
1.3. As finalidades da pena na ordem jurídica portuguesa	14
2. As penas de substituição	15
2.1. Contexto histórico	16
2.2. Critério da escolha das penas de substituição	17
3. A suspensão da execução da pena de prisão	18
3.1. Evolução histórica	18
3.2. Regime jurídico	20
3.2.1. Pressupostos	20
3.2.2. Modalidades	22
4. Os fins das penas face à singularidade dos crimes sexuais	24
4.1. Da prevenção especial	24
4.2. Da prevenção geral	27
4.3. Considerações finais	30
Conclusão	31
Bibliografia	32
Anexo	34

Introdução

No presente trabalho apresentamos uma reflexão a respeito da adequação da suspensão da execução da pena de prisão quando aplicada aos crimes sexuais, partindo da consideração das finalidades acometidas à pena.

Os crimes sexuais têm sido alvo de uma frequente desvalorização da sua importância, quer pela sua apreciação à luz de estigmas e preconceitos, quer pela desconsideração dos danos que provocam nas vítimas. A aplicação, diríamos quase paradigmática, do instituto da suspensão da pena a este tipo de criminalidade reflete a postura tolerante e permissiva que tem vindo a pautar o quadro jurisprudencial. Neste sentido, e através de dados relativos ao ano de 2016 do Ministério da Justiça, a pena de prisão efetiva foi aplicada a apenas 37% dos agressores sexuais¹.

Deste modo, pretendemos apreciar se o bem jurídico liberdade na sua vertente sexual encontra efetiva proteção através da aplicação deste instituto, recorrendo, para isso, a uma análise da sua compatibilidade com as finalidades da pena.

Para aferirmos desta questão, começaremos por abordar os diversos fins que têm sido atribuídos à pena, enquanto expressão do poder punitivo do Estado, acabando por observar quais os critérios que orientam a ordem jurídica portuguesa. Este ponto apresenta-se fulcral para a nossa tomada de posição, na medida em que é perante estas considerações que confrontaremos as particularidades dos crimes sexuais e seus autores.

Analisaremos a temática das penas de substituição, em matéria de contexto histórico e critérios de escolha, pretendendo assim criar uma “antecâmara” para o estudo do instituto da suspensão da execução da pena de prisão, sem ignorar, contudo, a relevância de compreender a *ratio* da criação destas penas substitutivas.

Avançando para o dito estudo do instituto da suspensão da execução da pena de prisão, referir-nos-emos à sua evolução histórica, nomeadamente aos seus antecedentes e ao regime jurídico vigente, destacando a análise do pressuposto do juízo de prognose, uma vez que é em relação a este ponto que encontramos mais estreita ligação com o que se pretende afirmar – a especificidade dos agressores sexuais.

Completando o presente estudo e constituindo o seu ápice, demonstraremos as razões que dotam os crimes sexuais de uma certa singularidade, confrontando-as com a finalidade preventivo-especial e a finalidade preventivo-geral da pena, por forma a averiguar se estas encontram concretização quando a resposta é a aplicação da suspensão. Terminaremos com uma breve referência ao bem jurídico protegido nos crimes sexuais, servindo o propósito de reforçar o que se vem a dizer acerca da política de indulgência e passividade adotada face a estes ilícitos e avançando uma forma de dirimir a questão.

A temática que nos propomos desenvolver é ampla, porquanto a criminalidade sexual engloba um conjunto vasto de tipos de crime, inseridos no Capítulo V do Código Penal. No entanto, cumpre-nos esclarecer que, apesar de utilizarmos a expressão “crimes sexuais”, temos o intuito de nos referir apenas aos ilícitos mais graves, necessariamente

¹ Projeto de Lei n.º 1047/XIII/4.^a do PAN. Ainda nesta proposta, existe a informação de que, no ano de 2016, de 32 condenações pelo crime de coação sexual, 23 resultaram na aplicação de uma pena suspensa. Panorama semelhante registou-se em relação ao crime de abuso de pessoa incapaz de resistência, com a aplicação da pena suspensa a 47% dos casos.

aqueles com as molduras penais mais expressivas – coação sexual (art. 163.º do CP), violação (art. 164.º do CP), abuso sexual de pessoa incapaz de resistência (art. 165.º do CP), abuso sexual de crianças (art. 171.º do CP), abuso sexual de menores dependentes (art. 174.º do CP). Neste sentido, queremos ressaltar que temos presente que o que se afirmará apenas poderá encontrar validade junto de comportamentos revestidos de uma certa nocividade. Acreditamos, no entanto, que as críticas apontadas ao discurso jurisprudencial encontram legitimidade mesmo em relação a este tipo de comportamentos.

Por último, queremos ainda esclarecer que tudo o que se dirá seguidamente, mesmo que não o especificando, terá ainda razão de ser quando os crimes em causa forem perpetrados contra crianças.

1. As finalidades da pena

As finalidades da pena afiguram-se como o ponto de partida para a apreciação da relação de compatibilidade entre a aplicação do instituto da suspensão da execução da pena de prisão e a liberdade sexual enquanto bem jurídico protegido pelo Direito Penal. Questiona-se, nesta medida, com que fundamentos aparece a utilização da pena – o meio mais restritivo de direitos – pelo poder instituído como forma de garantir uma convivência social pacífica, imiscuindo-se na conformação da vida dos indivíduos.

As soluções apresentadas até ao momento, segundo a classificação que se tem vindo tradicionalmente a adotar, dividem-se em dois grandes grupos: as teorias absolutas ou da retribuição e as teorias relativas ou da prevenção.

1.1. As teorias absolutas ou de retribuição

As teorias absolutas ou de retribuição² concebem a pena como uma forma de realização da justiça, exigência ética anterior ao próprio ordenamento jurídico, não contendo em si a prossecução de qualquer outro fim – a pena é um fim em si mesmo³. Por conseguinte, a finalidade da pena não poderá ser senão a compensação da culpabilidade do agente.

Desta forma, designam-se teorias absolutas porque, como explica Pedro Vaz Patto, “nestas a pena é concebida como uma exigência *absoluta*, metafísica e ética, de justiça, independentemente de considerações utilitaristas, de maior ou menor conveniência que tal pena possa acarretar na perspetiva do interesse social num determinado contexto histórico concreto”⁴; e teorias da retribuição porque a pena é imposta como forma de castigo pelo ato praticado.

A questão foi desenvolvida por Kant segundo o princípio da dignidade do homem como um fim em si mesmo, onde menospreza um conceito de Direito Penal que se prende com a utilidade, em que o indivíduo se transforma em instrumento a utilizar na realização de objetivos referentes à sociedade, designadamente a intimidação de potenciais cri-

² No entanto, pode dizer-se que as concepções retributivas, ao longo da história, espelham uma corrente plural. Neste sentido, existe doutrina retribucionista que formula o termo *expição* [da culpa] para a fundamentação da pena. Para mais desenvolvimentos, Rodrigues, 1995, pp. 159 e 160.

³ “aquilo que justifica a pena continua a ser reconhecido na sua *justiça*, não na sua *utilidade*” (Rodrigues, 1995, pp. 161 e 162).

⁴ Patto, 2011, p. 1.

minosos⁵. No seu entender, a pena consistia numa retribuição ética do delito cometido, onde a gravidade da pena seria sempre congruente com a gravidade do facto praticado e da culpa⁶.

Paralelamente, Hegel compreende a pena como “a negação da negação do direito”⁷, na medida em que lhe atribui a função de restituir a vigência da norma violada, criando-se uma “ligação necessária que faz com que o crime, como vontade em si negativa, implique a sua própria negação, que aparece como pena”⁸. Trata-se, assim, da reposição do direito violado, negado pelo mal da pena, sob a forma de retribuição jurídica⁹¹⁰. Como esclarece Anabela Miranda Rodrigues, “do próprio facto deve portanto nascer o conceito lógico de pena”¹¹.

Ambos rejeitam, portanto, qualquer vertente utilitária do Direito Penal e concluem pela retribuição como a única forma de fundamentar o sentido da pena – o mal do crime pago com o mal da pena – e legitimar o poder punitivo do Estado.

O radicalismo da teoria retributiva mostrou-se desde cedo inconciliável com uma estrutura estatal que se nomeava democrática, social e de direito, tendo sofrido inevitáveis modificações com o pensamento iluminista. A questão torna-se preambular e deixa de se centrar na apreciação da pena como justa, pois, ainda que esta se possa entender como tal, o que se procura legitimar agora é a sua aplicação pelo Estado. Avança-se de um Direito Penal metafísico para um Direito Penal assente na racionalidade e realidade humanas e questiona-se o facto de o poder punitivo – o poder que mais constrange a liberdade pessoal – estar acometido ao Estado e, por conseguinte, questionam-se os seus limites.

Num primeiro plano, o ideário iluminista legitima a pena por meio dos seus efeitos proveitosos para a comunidade, nomeadamente evitar o cometimento de futuros crimes, numa clara afloração de uma intenção preventiva. Num segundo plano, surge uma perspectiva contratualista do poder de punir, tradução da transferência do direito de defesa, pelo contrato social, para o soberano.

À principal crítica de que o Direito Penal encerrava antes uma lógica de vingança¹² – ao invés da dita justiça, pois, se ao mal da pena corresponde o mal do crime, então a gravidade da pena deverá ser equivalente ao mal do crime, compreendendo, no limite, a

⁵ “A pena jurídica [...] não pode ser aplicada apenas como um meio para obter um bem para o delincente ou para a sociedade, mas deve ser sempre aplicada porque o delincente cometeu um crime; e isto porque o homem não pode nunca ser tratado como um puro meio para a realização de objetivos de outros e ser confundido entre as coisas dos direitos reais, pois que disso o protege a sua inata personalidade [...]” (Rodrigues, 1995, p. 163).

⁶ Taipa de Carvalho fala, portanto, numa teoria ético-retributiva da pena (Carvalho, 2016, p. 69).

⁷ Roxin, 1998, p. 16, e Carvalho, 2016, p. 69.

⁸ Rodrigues, 1995, p. 167.

⁹ Expressão de Taipa de Carvalho (Carvalho, p. 69).

¹⁰ De igual forma, está presente em Hegel a ideia de respeito pela pessoa humana, principalmente na sua teoria do direito à pena do delincente, em que “o sofrimento que se impõe ao criminoso não é justo em si – [...] ele é também um direito do próprio criminoso, ele está já implicado na sua vontade existente, no seu acto” (Rodrigues, 1995, p. 167).

¹¹ Rodrigues, 1995, p. 167.

¹² Roxin coloca esta questão de forma expressiva: como se pode pagar um mal cometido acrescentando-lhe um segundo mal, sofrer a pena? (Roxin, 1998, p. 19).

pena de morte –, os retribucionistas contrapõem a ideia de proporcionalidade entre as duas dimensões.

Uma última nota: apesar de a atual doutrina dominante em vários ordenamentos jurídicos, incluindo o nosso, rejeitar as teorias retributivas, sobrevive o princípio da culpa¹³, indubitavelmente a si ligado, uma vez que a culpa permanece pressuposto e limite da pena – não há pena sem culpa e a medida da pena não pode ultrapassar a medida da culpa (art. 40.º do CP).

1.2. As teorias relativas ou de integração

As teorias relativas ou de integração, por sua vez, têm em consideração os efeitos socialmente úteis passíveis de se alcançar com a aplicação da pena, essencialmente evitar o cometimento de futuros crimes¹⁴. A pena, enquanto expressão de um Direito Penal tutelar de bens jurídicos¹⁵, é então enquadrada pelas ideias de necessidade social e utilidade, com vista ao objetivo último de proteção da sociedade, quer obstando à prática do crime pelo seu agente – prevenção especial –, quer obstando à prática do crime pelos restantes membros da comunidade – prevenção geral.

No presente, o sentido do Direito Penal é marcadamente preventivo, uma vez que esta finalidade da pena se revela como a mais consonante com as orientações constitucionais, especialmente o art. 18.º, n.º 2 da CRP. A pena encerra sempre uma restrição de direitos, que, por via deste limite vertido na Constituição, só pode ocorrer na medida do necessário para acautelar a proteção dos bens jurídicos, através da prevenção – geral e especial.

1.2.1. Teoria da prevenção geral

A prevenção geral comporta uma vertente negativa e uma vertente positiva.

A vertente negativa ou de intimidação preconiza a pena como instrumento de dissuasão – pelo seu efeito intimidatório – de potenciais criminosos. Tem, portanto, a generalidade das pessoas como campo de atuação, que, verificando a sujeição do delinquentes à penosidade da sanção, se retraem de perpetrar o crime. A própria lei penal alcança igualmente este efeito intimidatório pela simples ameaça da pena.

Deste modo, percebe-se que a esta doutrina encontra-se subjacente uma visão própria do ser humano, entendido na sua busca pelo prazer, pesando as vantagens e as desvantagens da realização de determinada ação antes de se decidir pela sua prática.

¹³ Uma conceção retributiva da pena implicava uma composição da categoria da culpa desenvolvida no âmbito da afirmação do livre-arbítrio do indivíduo (Rodrigues, 1995, p. 214). Com a conservação do princípio da culpa, já não se invocam necessariamente as vozes retributivas, sendo este tema lido hoje sob o prisma da prevenção – em que a culpa, embora sendo condição necessária para a aplicação da pena, não é condição suficiente – e do princípio da inviolabilidade da dignidade pessoal (Rodrigues, 1995, p. 212, e Dias, 2007, p. 73). Assume-se assim uma conceção unívoca ou unilateral de culpa. Neste sentido, Carvalho, 1985, p. 99, e Dias, 2007, pp. 82 e ss.

¹⁴ “Aquilo que a ideia preventiva confere ao direito penal é, na verdade, uma *pragmaticidade*, um sentido útil de si e dos seus efeitos que cabe comparar à *espiritualidade* do direito penal de outros tempos” (Rodrigues, 1995, p. 307). Assim, deixa o Direito Penal de perseguir intenções transcendentais, moralistas e metafísicas, cuidando agora de responder a necessidades de cariz social.

¹⁵ É hoje pacífico que o Direito Penal se desenha como um “direito penal de protecção de bens jurídicos”, posto que, por meio da imposição de uma pena, pretende impedir a sua lesão (Rodrigues, 1995, p. 238).

No desenvolvimento desta matéria, distingue-se Feuerbach e a sua conhecida “teoria da coação psicológica”, que, de forma resumida, se funda na ideia de que as intenções de delinquir se anulam quando, da operação de ponderação vantagens *vs.* Desvantagens, resulta a consciência para o indivíduo de que o mal da pena seria superior à insatisfação de se abster da prática do crime¹⁶.

Esta teoria é hoje recusada por grande parte da doutrina porque se apresenta questionável a sua harmonia com os alicerces do próprio ordenamento jurídico. Aponta-se-lhe, então, como principal crítica¹⁷ a possibilidade de todo o sistema resvalar num “terrorismo penal”, onde se instrumentalizaria a pessoa em prol do combate à criminalidade enquanto interesse social, com o conseqüente prejuízo da dignidade da pessoa humana¹⁸.

Nesta medida, firma-se que o Direito nunca poderá sustentar a sua superioridade ética na intimidação e num vazio uso da força, podendo o efeito intimidatório, como aponta Figueiredo Dias, surgir apenas secundariamente através da “tutela da confiança geral na validade e vigência das normas do ordenamento jurídico”¹⁹. Acrescenta Anabela Miranda Rodrigues que o constitucionalmente consagrado princípio da necessidade penal – art. 18.º, n.º 2 da CRP – impõe um carácter não intimidatório da prevenção geral, desde logo porque a prevenção sempre será pré-mandatada para a proteção de bens jurídicos merecedores da tutela penal.

Ainda assim, é impossível negar a conaturalidade e realidade deste efeito intimidatório em relação à pena, aderindo à posição de Taipa de Carvalho quando este lhe associa esta característica dissuasora, humanamente essencial e inevitável²⁰.

Já a vertente positiva ou de integração imprime à pena uma função de pacificação social, na medida em que garante a confiança comunitária na validade da norma violada apesar da perturbação causada pela prática do crime, com a conseqüente conservação da paz jurídica²¹. Desta forma, a consciência jurídica comunitária no respeito pelo panorama normativo acaba fortalecida. Por outras palavras, com a prevenção geral positiva tutela-se “a confiança da comunidade na efetiva tutela penal estatal dos bens jurídicos fundamentais à vida coletiva e individual”²². É, portanto, à generalidade dos cidadãos que aderem de forma voluntária ao quadro valorativo eleito pelo Direito Penal como digno de tutela que esta aceção se dirige.

¹⁶ Segundo Feuerbach, “Se do que se trata é de impedir que se cometam crimes, ao lado da coação física deve existir outra espécie de coação, cujo efeito se exerça antes do cometimento do crime [...]. Esta outra espécie de coação só pode ser a coação psicológica” (Rodrigues, 1995, p. 318).

¹⁷ É ainda de indicar que tem sido demonstrado que a generalidade das pessoas, na ponderação sobre a prática do crime, tem antes em consideração o grau de probabilidade de ser descoberta, ao invés de pautar o seu comportamento pelo conhecimento das normas penais. É igualmente incorreto pensar que o crime é sempre produto de uma decisão refletida, já que não raras vezes o que lhe subjaz é um impulso emocional. Além disso, não se pode descurar a fiel adesão às normas por razões éticas e educativas, longe de qualquer obtenção de vantagens (Patto, 2011, pp. 8 e 9).

¹⁸ Já anteriormente vimos o princípio kantiano da dignidade do homem como um fim em si mesmo, incompatível com esta conceptualização.

¹⁹ Dias, 2007, p. 53.

²⁰ Carvalho, 2016, p. 78.

²¹ A este respeito, Figueiredo Dias classifica-a como “instrumento por excelência destinado a revelar perante a comunidade a inquebrantabilidade da ordem jurídica, apesar de todas as violações que tenham lugar, e a reforçar, por esta via, os padrões de comportamento adequados às normas” (Dias, 2007, p. 72).

²² Carvalho, 2016, p. 79.

Pedro Vaz Patto e Taipa de Carvalho mencionam ainda uma função pedagógica e uma função positiva de interiorização, respetivamente, mediante uma “interpelação social”²³ a cada um dos membros da comunidade, que pretende pôr em relevo a importância do bem jurídico lesado pela prática do crime, com a sua conseqüente interiorização do sentimento jurídico coletivo como bem digno de tutela. Portanto, de forma lógica, quanto mais importante for o bem jurídico em causa, mais incisiva deverá ser esta interpelação, assim como a gravidade da pena terá de ser superior.

No entanto, constatamos que esta teoria não espelha um conteúdo inequívoco, nomeadamente se analisarmos a sua construção em Roxin, Jakobs ou Figueiredo Dias, por exemplo. O primeiro distingue a “prevenção de integração ou estabilizadora” – integrada por uma pena proporcional, adequada e “compensadora da culpa” que, porque sentida como justa pela comunidade, conserva a confiança dos cidadãos no sistema jurídico – da “defesa do ordenamento jurídico”, que funciona como “limite mínimo a partir do qual uma diminuição ou substituição da pena por razões preventivo-especiais seria incompreensível e intolerável em face do sentimento jurídico geral”²⁴, uma vez que o legislador autoriza que se perca um certo grau de justiça em benefício da prevenção especial, desde que se preserve este limite mínimo de defesa²⁵. Por sua vez, Jakobs centra a questão na permanente vigência e validade das normas jurídicas, que, ao estabilizarem e institucionalizarem as expectativas sociais da comunidade, guiam o comportamento dos cidadãos, revelando que uma potencial conduta desconforme ao direito não impede a manutenção da norma e a prevalência do sistema jurídico²⁶. Finalmente, Figueiredo Dias confere a esta categoria a função de “tutela necessária dos bens jurídico-penais no caso concreto”²⁷.

Não obstante, esta doutrina tem um significativo acolhimento no atual panorama, louvadas que são as suas funções positivas de carácter pedagógico, encontrando justificação no contexto de um Estado de direito democrático e assumindo-se como um limite à criticada inclinação para o terror da intimidação.

1.2.2. Teoria da prevenção especial

De maneira idêntica, a prevenção especial²⁸, enquanto fim da pena focado na prevenção de novos delitos, ao tentar obstar à prática de futuros crimes pelo próprio agente, apresenta duas vertentes.

²³ Cf. Patto, 2011, p. 10. Relativamente a esta expressão, Taipa de Carvalho fala na existência de uma interpelação legal com a criação da norma penal e na existência de uma interpelação judicial com a aplicação e execução da pena (Carvalho, 2016, p. 79).

²⁴ Rodrigues, 1995, p. 330.

²⁵ Neste sentido, Roxin retira três efeitos da prevenção positiva: o “efeito pedagógico-social de aprendizagem”, o “efeito de confiança” e o “efeito de pacificação” (Rodrigues, 1995, p. 329).

²⁶ Jakobs edifica o Direito Penal como “um sistema específico de que se espera a estabilização social, a orientação da acção e a institucionalização das expectativas pela via da restauração da *confiança* na vigência das normas”. Para tanto, trata as normas jurídicas como verdadeiros bens jurídico-penais, na medida em que é a si que se dirige a tutela que a pena pretende assegurar (Rodrigues, 1995, pp. 333 e 334).

²⁷ Dias, 2007, p. 79. Este, tomando posição na querela, compreende a pena como o meio privilegiado de realização do fim do Direito Penal, enquanto garante dos bens jurídico-penais.

²⁸ Roxin, neste campo, enuncia três formas de a teoria da prevenção especial funcionar: “corrigindo o corrigível, o que hoje chamamos de ressocialização”, “intimidando o que pelo menos é intimidável” e “tornando

A vertente negativa tem por intenção a intimidação individual do criminoso – para que, através da provação da pena, não regresse ao cometimento de crimes – e a defesa social (ligada à prevenção geral), visando a neutralização de um agente que se revelou perigoso, em benefício da sociedade.

Porém, numa visão determinista radical – perfilhada pela Escola Positiva –, esta teoria procede de uma representação do ser humano impelido para a prática do crime por elementos que se subtraem à sua vontade – antropológicos, psíquicos ou sociais –, numa negação da existência do livre-arbítrio, da pessoa enquanto ser livre e responsável pelas suas ações. Fruto deste entendimento, os pressupostos deterministas conduzem a uma finalidade preventivo-especial de neutralização do delinquente, estabelecendo-se sem mais a sua condição irrecuperável. Nesta versão-limite, propunha-se a substituição do conceito de pena pelo conceito de medida de segurança, sacrificando-se o princípio da culpa em favor da consideração da perigosidade do agente.

À semelhança da prevenção geral, aplica-se nesta teoria a consideração da conaturalidade do efeito intimidatório em relação à pena de Taipa de Carvalho – desta vez ao pretender fazer nascer no agente, ao recordar o sofrimento da pena, uma intenção de não reincidir –, advogando a sua compatibilidade com a finalidade de ressocialização.

Acentuada pela Escola Correcionalista, a vertente positiva, por seu turno, com a aplicação da pena pretende a recuperação do agente, uma vez reconhecida a contribuição ou, pelo menos, facilitação da (des)estruturação social para o cometimento do crime, recaindo sobre a comunidade e sobre o Estado um verdadeiro “onus” de fomentar a criação de condições para que tornem possível a ressocialização^{29 30}.

O sentido desta doutrina não tem sido unívoco no que ao conceito de recuperação diz respeito. Numa primeira fase, identificava-se o seu conteúdo com objetivos de regeneração moral ou reeducação, enquanto doutrinas mais recentes utilizam as expressões *reinserção social* ou *ressocialização*, voltadas para a prevenção da reincidência e já não para um certo tipo de doutrinação³¹.

É neste âmbito que surge a necessidade de recorrer às penas de substituição, visto que se tem vindo a concluir pelo efeito criminógeno da pena de prisão, em tudo contrário às finalidades que se almejam alcançar com uma teoria da prevenção especial positiva e que encontram tradução no atual art. 70.º-C do CP, ao encerrar um critério de preferência pelas penas não privativas da liberdade.

Tem vindo a assistir-se, portanto, a uma humanização do Direito Penal, que adquire uma dimensão solidária para com o delinquente, refreando-se as pretensões intimidató-

inofensivo mediante a pena de privação de liberdade os que não são nem corrigíveis nem intimidáveis” (1998, p. 20).

²⁹ A Escola Correcionalista, partindo de uma compreensão mais pragmática e realista do ser humano e do Direito Penal, alicerça a sua teoria em dois pressupostos: responsabilidade individual e corresponsabilidade social. Com efeito, para esta escola todo o delinquente é corrigível. Para mais desenvolvimentos, Carvalho, 2016, pp. 49 e ss.

³⁰ Neste sentido, Taipa de Carvalho chama a atenção para as indispensáveis alterações das condições físicas e pessoais em que é executada a pena de prisão, para o efeito de combater o resultado dessocializador que tão frequentemente lhe é apontado (Carvalho, 2016, p. 76).

³¹ Figueiredo Dias prefere o termo “socialização” (no lugar de “ressocialização”) porque tem em conta o facto de na maior parte dos casos se exercer influência sobre o delinquente pela primeira vez (Dias, 2007, p. 55).

rias e simultaneamente ganhando força uma influência positiva sobre este, no sentido da sua ressocialização. Nos termos de Pedro Vaz Patto, “o agente do crime não se torna um excluído que deva ser ostracizado, mas é chamado a reatar os laços que o unem à comunidade e que a prática do crime, de algum modo, quebrou”³².

Por outro lado, para efeitos de evitar a reincidência, a ideia de ressocialização acaba por ser a proposta que mais incide sobre o “epicentro” da criminalidade, uma vez que procura a livre adesão do agente do crime ao indispensável quadro de valores sociais protegido pelo Direito Penal, procurando tratar os elementos que contribuíram para a prática do crime na sua origem e, conseqüentemente, motivar um comportamento pautado pela observância das regras penais.

Neste sentido, surge incontornável a apreciação de que uma tal tarefa poderá resultar frustrada quando a tónica recai sobre a liberdade que caracteriza a referida adesão, nunca podendo ser legítima qualquer imposição de valores ao delinquente. Perante esta crítica, tem-se sustentado – nomeadamente Anabela Miranda Rodrigues – que “o que se tem em vista é apenas torná-lo *capaz* [...], em qualquer caso, de não cometer crimes. Trata-se, assim, em último termo, da afirmação de que basta alcançar o respeito externo pela legalidade”³³. Isto será o mesmo que dizer que a finalidade da ressocialização passa apenas pela conformação exterior à lei, bem como pela consequência positiva de abstenção da prática de crimes. Todavia, parece-nos pertinente a questão que se prende com a improbabilidade de tal situação se verificar quando a reinserção social está, em parte, na dependência do agente e a adesão exigida é somente de índole superficial – ou puramente concentrada no receio das sanções penais –, sem que se consubstancie uma verdadeira motivação para o respeito pelas regras, percebendo-se, no entanto, que uma exigência superior dificilmente seria concretizável no âmbito do princípio da dignidade da pessoa humana.

Não obstante, é de máxima importância reconhecer que o fracasso da ressocialização não pode nunca retirar significado ao esforço empreendido nesse sentido e, em última instância, à pena³⁴, desta vez inserida no seio de um Direito Penal erguido sob uma perspectiva construtiva e social.

Nenhuma destas teorias sobrevive ileso à censura. Apesar de uma qualquer orientação que se possa depreender do direito positivado, este é sempre sujeito a interpretações que tornam possível e provável a opção por qualquer uma delas. A título de exemplo, A. Lourenço Martins depreende da leitura do art. 40.º do CP – que aborda a questão dos fins das penas, de que mais à frente trataremos – uma finalidade um tanto ou quanto

³² Patto, 2011, p. 18.

³³ Rodrigues, 1982, p. 97.

³⁴ Poder-se-á, no entanto, encontrar neste ponto um limite à teoria da prevenção especial positiva, dado que, apesar da rejeição das *propostas* de ressocialização pelo criminoso, a pena nunca vê diminuído o seu sentido. Deste modo, ver Patto, 2011, p. 21. Outra vulnerabilidade desta teoria foi apontada por Roxin, ao indicar o risco de uma pena de duração indefinida, uma vez que está em causa um tratamento que, tendo em conta a finalidade de reeducação do delinquente, tem de ser levado a cabo até tal reeducação se verificar (Roxin, 1998, p. 21).

retributiva, ao passo que parte da doutrina enfatiza as referências à prevenção geral e à prevenção especial positiva.

1.3. As finalidades da pena na ordem jurídica portuguesa

Positivamente, o art. 40.º do CP oferece um critério orientador quanto à questão que aqui se tem vindo a tratar e, contudo, não a resolve cabalmente, nem tal alguma vez pareceu ser sua intenção, como se pode inferir do Projeto de Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 48/95 contendo a Revisão do Código Penal, ao assegurar que a introdução deste artigo não pretendeu “solucionar por via legislativa a questão dogmática dos fins das penas”. José de Sousa e Brito designa como *neutral* o seu conteúdo normativo, na medida em que se torna legítimo optar por qualquer teoria sobre os fins da pena³⁵.

Pode ler-se no artigo em apreço, no seu n.º 1, que “A aplicação de penas e medidas de segurança visa a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade”. Genericamente, a doutrina tem entendido a menção à “proteção de bens jurídicos” como uma clara alusão às finalidades de prevenção geral, enquanto a menção à “reintegração do agente na sociedade” tem sido vista de um prisma preventivo-especial. No seu n.º 2, encontra-se consagrada uma conceção unívoca de culpa: não há pena sem culpa, e a medida da pena não pode ultrapassar a medida da culpa.

De forma particular, Figueiredo Dias explica que a prevenção geral positiva – a finalidade da pena que melhor efetiva o Direito Penal como garante de uma convivência pacífica – apresenta uma moldura da pena dentro da qual é possível ter em consideração razões de prevenção especial, sem que com isso se ponha em causa a “defesa do ordenamento jurídico”, que materializa, portanto, o limite mínimo dessa moldura. O limite máximo é preenchido pelo *quantum* da culpa³⁶. Deste modo, considera existir uma medida ótima de tutela de bens jurídicos e das expectativas comunitárias, que não tem de ser necessariamente coincidente com a medida da culpa e abaixo da qual ainda é possível alcançar uma proteção real, contanto que não se recue até ao ponto em que deixe de se assegurar a função de tutela de bens jurídicos.

Nesta medida, o julgador tem o poder-dever de aplicar uma pena diferente daquela que equivaleria à culpa do agente, segundo considerações de ressocialização, exceto se as necessidades de prevenção geral reclamarem a imposição de uma pena de prisão. Assim se harmonizam as duas dimensões preventivas. Tratando-se de conflito irresolúvel, sobrepõem-se sempre as exigências gerais de defesa do ordenamento jurídico.

Cabe ainda fazer referência à singular doutrina de Taipa de Carvalho, que, dentro da temática dos fins da pena, distingue o fim enquanto meio e o fim enquanto fim último, apontando a sua confusão no art. 40.º. Sendo o escopo do Direito Penal a proteção de bens jurídicos, a pena não é mais do que um meio necessário para o realizar. De igual forma se apresenta o papel da reintegração do agente na sociedade como um dos meios

³⁵ Mais esclarece, dizendo que o artigo em questão não propõe “nenhum critério de escolha nem de dosimetria entre os fins preventivos (Brito, 2002, p. 6). No entanto, e apesar de concordar com o seu conteúdo reduzido, tal característica torna possível o seu enquadramento em quaisquer construções doutrinárias contraditórias entre si. Daí ter votado contra a sua inclusão no Código Penal.

³⁶ O conceito de culpa a que aqui se alude vai ao encontro do formulado por Roxin: culpa enquanto limite da medida da pena e da intervenção estatal. Já não se compreende o conceito sob o prisma da retribuição.

possíveis de realizar esse fim último de proteção, pela prevenção da reincidência. Com efeito, o artigo erra ao igualar fim e meio, isto é, a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade.

Ainda no seu entendimento, a prevenção especial – positiva e negativa – desempenha um importante papel, sem que, no entanto, esta se estabeleça como um critério absoluto. A culpa surge como um limiar máximo, na medida em que a pena nunca pode ser superior à medida da culpa, e a prevenção geral configura a medida absolutamente necessária para assegurar a manutenção da confiança da comunidade na validade do ordenamento jurídico e a pacificação social, nunca esquecendo o papel da dissuasão. Esta última medida, de acordo com Taipa de Carvalho, vai acabar por coincidir com o limite mínimo da moldura penal pensada pelo legislador. Este, para o caso concreto, também determinou um limite mínimo que equivale ao indispensável em termos de prevenção geral, segundo o qual, ainda que não se verifique qualquer necessidade de prevenção especial, o juiz não pode demitir-se de aplicar uma pena de prisão efetiva – no caso de a pena concreta ultrapassar os 5 anos.

Mas a questão não se pode dar por concluída sem uma referência ao enfoque preventivo do artigo que se apresenta como critério para a determinação da medida da pena – art. 71.º do CP. Isto porque é importante perceber se o artigo em questão, ao enunciar que a medida da pena é feita “em função da culpa do agente e das exigências de prevenção”, admite que se entenda “em retribuição da culpa do agente e das exigências de prevenção”³⁷. Depois de termos analisado os distintos entendimentos sobre as finalidades da pena e de seguidamente termos compreendido que a pena se fundamenta dentro de um quadro delimitado pela culpa e pelas exigências de prevenção geral positiva, com consideração pelas necessidades de ressocialização do agente, fica claro que, quando o art. 71.º refere a culpa do agente, é de declinar qualquer compreensão retributiva da pena. A pena não pode ser senão “utilitária”³⁸, em concordância com o disposto no art. 18.º, n.º 2 da CRP e com o art. 40.º do CP, que assinala à culpa apenas o papel de limite máximo. Este imperativo constitucional impõe ainda que o poder de ingerência estatal na esfera de conformação dos cidadãos³⁹ seja restrito. Por conseguinte, a restrição de direitos que surge como consequência da aplicação de uma pena só pode ter lugar na medida do estritamente necessário para alcançar as finalidades de funcionamento pacífico da sociedade e o livre desenvolvimento dos seus membros, porquanto o Direito Penal configura a *ultima ratio* de intervenção social.

2. As penas de substituição

Às operações de escolha da pena aplicável e de determinação da medida da pena segue-se uma eventual terceira operação – a de decidir se se deverá optar por substituir a pena. Com efeito, por forma a dar por completo todo o processo, há que apreciar a possibilidade e adequação da aplicação de uma pena de substituição. Reconhece-se, por conseguinte, que, no caso concreto, ao momento de substituição preside a ideia de que

³⁷ Moura, 2019, pp. 7 e ss.

³⁸ Moura, 2019, p. 9. Para mais desenvolvimentos, Brito, 2002.

³⁹ Para mais desenvolvimentos, Rodrigues, 1988.

as penas de prisão comportam mais desvantagens que vantagens, em termos de prossecução das finalidades da pena.

Às penas de substituição assinala-se o seu carácter não institucional, isto é, o seu cumprimento em liberdade, e a sua pretensão de realizar as finalidades de prevenção consagradas no art. 40.º. Encontram-se elencadas nos arts. 43.º a 60.º do CP e traduzem marcadamente a índole humanista do nosso Direito Penal.

Surge-nos importante destacar o seu carácter autónomo⁴⁰. Ainda que se estabeleça uma sucessão lógica e funcional a partir da pena principal, comunicando-se-lhe as suas características, numa relação de tipo “umbilical”⁴¹, as penas de substituição não deixam de se apresentar como verdadeiras sanções⁴², capazes de dar resposta às necessidades punitivas, ponto a que mais à frente nos dedicaremos.

2.1. Contexto histórico

As penas de substituição encontram os seus alicerces históricos no movimento de luta contra as penas de prisão, em particular as penas curtas. De facto, desde logo se reconheceu o carácter criminógeno que estas comportavam, destacando-se a posição de Von Liszt, segundo a qual as penas curtas de prisão seriam responsáveis por mais prejuízos do que aqueles que se produziriam com a não imposição de uma pena⁴³. Na mesma medida, logo se foi capaz de reconhecer a sua inaptidão para responder às finalidades preventivas que à pena estavam acometidas.

Aliás, na presente realidade, conserva-se ainda a crença no efeito deletério⁴⁴ da prisão – pelas subculturas que se formam nos estabelecimentos prisionais e pelo inevitável contacto entre criminosos em diferentes estados no que às suas carreiras criminais diz respeito –, bem como no efeito estigmatizante e nos prejuízos⁴⁵ que ocasiona para o próprio delinquentes. Portanto, fundamental para o desenvolvimento das sanções em estudo foi e continua a ser a perceção da pena de prisão como reacção criminal de *ultima ratio*.

No panorama português, a questão ganhou uma nova amplitude com o Projeto da Parte Geral de 1963, onde, para além das penas curtas de prisão, se pôs também em relevo a aplicação da pena de prisão à pequena e média criminalidade, ou seja, qualquer pena de prisão inferior a 3 anos, acabando por, desta forma, se traçar a fronteira face à grande criminalidade.

⁴⁰ Apesar da consensualidade quanto à autonomia das penas de substituição, não deixam de se conhecer posições como a de Cavaleiro Ferreira, que vão no sentido de considerar aquelas “modificações da pena na sua execução”. O mesmo sucede com a maioria da doutrina e da jurisprudência alemãs. Para mais desenvolvimentos, Ferreira, 1989, pp. 181-194.

⁴¹ Termo utilizado por André Lamas Leite (Leite, 2015, p. 210).

⁴² Neste sentido, as sanções substitutivas observam igualmente, a título de exemplo, os princípios da legalidade, proporcionalidade, adequação e pessoalidade e intransmissibilidade da responsabilidade. Ainda o facto de as penas de substituição obstarem a que a reincidência opere remete-nos para a circunstância de estarmos ante sanções dotadas de autonomia.

⁴³ Neste sentido, Dias, 2005, p. 327.

⁴⁴ Termo utilizado por André Lamas Leite (Leite, 2015, p. 314).

⁴⁵ Nomeadamente, a quebra dos laços familiares e laborais, bem como a sua difícil reinserção na sociedade. Para além destas questões, alude-se ainda ao problema de sobrelotação dos estabelecimentos prisionais e ao dispêndio para o Estado que se revela cada dia de prisão, por cada recluso.

Conseqüentemente, esta alteração de paradigma pressupõe que se constrísse um princípio de preferência pelas penas não privativas da liberdade – hoje cristalizado no art. 70.º do CP – quando, concretamente, estas permitam realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição. Ademais, com as sanções substitutivas acredita-se que se alcança a realização das necessidades preventivo-especiais de forma mais cabal.

2.2. Critério da escolha das penas de substituição

Nesta matéria, importa começar por referir o art. 70.º, segundo o qual “Se ao crime forem aplicáveis, em alternativa, pena privativa e pena não privativa da liberdade, o tribunal dá preferência à segunda sempre que esta realizar de forma adequada e suficiente as finalidades da punição”. Ora, tendo já concluído que o atual sentido das finalidades da pena, revelado no art. 40.º do CP, é preventivo, torna-se evidente a afirmação de que são finalidades exclusivamente preventivas as que presidem à aplicação de uma sanção substitutiva. Preventivas, pois, na sua aceção geral, interpretadas no sentido de resposta ao “sentimento jurídico de comunidade”⁴⁶, e na sua aceção especial, designadamente de ressocialização.

Por compreenderem diferentes campos de atuação, nem sempre conformes, surge inevitável preponderar as exigências preventivo-especiais de ressocialização, uma vez que foram estas que fundaram o movimento histórico de luta contra as penas de prisão. Neste sentido, emerge um poder-dever⁴⁷ para o juiz de, num primeiro momento, deixar de aplicar, com conseqüente dever de fundamentação⁴⁸, uma pena de substituição somente quando a pena privativa da liberdade se revelar necessária e, num segundo momento, uma vez efetuado um juízo de substituição positivo, continuar a atender a razões de índole especial na ocasião de eleger a pena substitutiva mais conveniente.

No que concerne às atribuições da prevenção geral, ela aparece como limite às exigências de ressocialização, na medida em que seria inconcebível pôr em causa o conteúdo mínimo de defesa do ordenamento jurídico e desta forma perigar as finalidades da punição. Em suma, nas palavras de Anabela Miranda Rodrigues, “A sociedade tolera uma certa “perda” de efeito preventivo geral – isto é, conforma-se com a aplicação de uma pena de substituição; mas, quando a sua aplicação possa ser entendida pela sociedade, no caso concreto, como uma injustificada indulgência e prova de fraqueza face ao crime, quaisquer razões de prevenção especial que aconselhassem a substituição cedem, devendo aplicar-se a prisão”⁴⁹.

⁴⁶ Ac. STJ de 21/03/1990.

⁴⁷ Concretizando a questão de se tratar de um poder-dever para o tribunal, André Lamas Leite entende que só assim “se consegue uma valorização político-criminal e dogmática das penas substitutivas” (Leite, 2015, p. 372). Ademais, continua, permitir a sua sujeição à discricionariedade do juiz significaria pôr em risco o princípio da igualdade, porquanto situações semelhantes originariam resultados desiguais. Ainda quanto a este ponto, não se desconhece que existem ordenamentos jurídicos em que este poder-dever está configurado sob a forma de obrigação, tendo em atenção a idade precoce ou avançada do delincente.

⁴⁸ Neste sentido, o Ac. TC n.º 61/2006, de 18/01/2006 decidiu “julgar inconstitucionais as normas dos artigos 50.º, n.º 1 do CP e 374.º, n.º 2 e 375.º, n.º 1 do CPP, interpretadas no sentido de não imporem a fundamentação da decisão de não suspensão da execução da pena de prisão aplicada em medida não superior a três anos”. Tal aproveita a todas as penas de substituição, de acordo com Leite, 2015, p. 537.

⁴⁹ Rodrigues, 1988, p. 41.

Quanto ao papel da culpa na operação de substituição, é hoje aceite que o seu campo de atuação por excelência é o da determinação da medida concreta da pena – principal ou de substituição, tal como determina o art. 71.º do CP –, estando vedada a sua consideração em sede de juízo de substituição, posto que não foram reflexões atinentes à culpa que subjazeram à criação destas reações criminais no ordenamento jurídico⁵⁰.

Não obstante, conhecem-se entendimentos que patrocinam a ideia de um juízo de substituição que não é alheio a considerações de culpa, a par das preventivas^{51 52}. Neste sentido, André Lamas Leite distingue as considerações de culpa tidas num primeiro momento valorativo – o momento da determinação da medida concreta da pena – das ponderações de culpa espraiadas no juízo de substituição. Ao passo que, no primeiro caso, a culpa, sem novidade, consubstancia a aferição da contrariedade ou indiferença perante os deveres jurídico-penais, numa perspetiva de ser possível exigir ao concreto agente um diferente comportamento; no momento de substituição, para além da adequação de outra pena que não a principal à realização das finalidades da punição, verifica-se ainda se o resultado da ponderação do primeiro momento – onde existe um juízo de censura ético-pessoal ao concreto agente, como já se disse – obsta ou não à substituição, como um “critério limitador negativo”⁵³.

À crítica de que desta forma se estaria a ponderar em dobro a mesma realidade, o autor serve-se de dois argumentos. Em adição ao facto de se tratar de pressupostos valorativos distintos, André Lamas Leite assinala que, por ser de tal ordem o juízo de culpa apreciado no momento da determinação da medida concreta da pena, este não se conforma apenas a este contexto, “como que transbordando para o momento da eventual substituição”⁵⁴.

Assim, existirá uma “imagem global do facto”, de cuja influência o juiz não se consegue subtrair quando está a operar a possibilidade de substituição, onde a culpa necessariamente se apresenta. Essencialmente, e de forma contrária à maioria da doutrina e jurisprudência, não se exclui esta categoria do momento da escolha da pena. A nosso ver, a culpa não pode pertencer a este momento, dado que não foram exigências desta índole que presidiram à criação das penas substitutivas. Todavia, será simplista toda a posição que não admita a inevitável existência desta “imagem global do facto”, na medida em que se mostra pouco credível que o julgador não carregue as considerações concretas até então desenvolvidas para o momento substitutivo.

3. A suspensão da execução da pena de prisão

3.1. Evolução histórica

A suspensão da execução da pena de prisão, como já se começou por entrever, firma-se no pressuposto político-criminal de que a mera ameaça da pena de prisão é apta a

⁵⁰ Assim, Figueiredo Dias, Maria João Antunes e Anabela Miranda Rodrigues, a título de exemplo.

⁵¹ Não se trata aqui de considerar a inclusão da culpa no momento substitutivo em consequência da assunção de uma finalidade retributiva da pena.

⁵² Teoria do “efeito à distância” de Anabela Miranda Rodrigues, por exemplo. Para mais desenvolvimentos, Rodrigues, 1995, p. 330.

⁵³ Leite, 2015, p. 508, e Leite, 2018, p. 121.

⁵⁴ Leite, 2015, p. 510, e Leite, 2018, p. 124.

provocar no agente a quem se dirige a intenção de se privar da prática de novos ilícitos, especialmente se se tratar de um agente primário, cumprindo-se desta forma as finalidades da punição longe do ambiente deletério da prisão. O seu domínio de aplicação privilegia a pequena e média criminalidade.

O instituto, tal como hoje se encontra concebido, conheceu consideráveis alterações. Inicialmente sob a designação de *sursis*, apareceu pela primeira vez no projeto francês de Bérenger de 1884 e encontrou consagração legislativa pátria em 1893. No entanto, esta figura foi sendo polida, no sentido de se aproximar de um outro instituto, desta vez de origem anglo-americana, a *probation*. Através desta confluência, procurou-se potenciar as possibilidades da *sursis*, designadamente o seu âmbito de aplicação e frequência, pela absorção de elementos de cariz assistencial da *probation*, dado que este instituto se dirigia especialmente à reintegração social do delinquente, por meio de um plano de readaptação social. Ora, a *probation* constituía assim um modelo organizado segundo uma vertente educativa, sem lhe falhar as instâncias de vigilância – pelos *probation-officers* – do delinquente durante o seu período de prova, por oposição à *sursis* e ao seu carácter passivo, na medida em que o agente apenas voltava a ser relevante para o sistema judicial caso praticasse novo delito⁵⁵.

Graças a este encontro, criou-se o que hoje se nomeia “modelo continental” da suspensão da execução da pena de prisão, com a combinação dos dois regimes, por forma a que a *sursis* tradicional “não descansasse apenas na ideia da ameaça da pena e do seu efeito intimidativo, mas a [a *probation*] integrasse pela imposição ao agente de deveres e regras de conduta [...]. Ao que acresceria ainda a possibilidade de acompanhamento e supervisão do delinquente por assistentes sociais especializados que o auxiliassem na tarefa de socialização”⁵⁶.

Similarmente, a nível nacional, o instituto nem sempre apresentou a mesma cara. No Projeto da Parte Geral de 1963, consagravam-se autonomamente os dois institutos – sob a denominação *regime de prova* encontrava-se o principal conteúdo da *probation*, e à designação *sentença condicional* correspondia o instituto da suspensão da pena, ainda que reinventado, nomeadamente pela inexistência de limites para a sua aplicação e pela possibilidade de suspender a fixação da pena concreta. No entanto, estas propostas não tiveram acolhimento – exceto quanto à autonomização dos dois institutos – no CP de 1982, onde se acabou por enunciar um critério formal para ambos: a pena de prisão não superior a 3 anos. A diferença radicava no facto de, em sede de suspensão da execução da pena, estar em causa a pena concreta e, relativamente ao regime de prova, estar em causa a moldura penal.

Com a revisão de 1995 ocorre a alteração mais relevante, em consequência da união da suspensão da execução da pena de prisão e do regime de prova, tornando-o numa modalidade da primeira, junto das preexistentes (1) suspensão simples, (2) suspensão sujeita a deveres, (3) suspensão sujeita a regras de conduta, impendendo sobre

⁵⁵ Calón, 1958, p. 645 *apud* Luís, 2017, p. 22.

⁵⁶ Dias, 2005, p. 512.

o juiz a tarefa de decidir as situações em que seria proveitosa a aplicação desta recente modalidade.

Novas alterações surgiram em 2007, sendo a de maior destaque a que procedeu ao alargamento do critério formal para 5 anos. O legislador tornou ainda obrigatória a aplicação da suspensão com regime de prova aos casos em que o agente, à data da prática do crime, não tiver completado 21 anos, bem como nas situações em que a pena tiver sido aplicada em medida superior a 3 anos, requisito que veio a cair na revisão de 2015, sendo substituído pelos casos em que o agente tenha sido condenado por crime sexual contra menor, em virtude da transposição da Diretiva 2011/92/EU, de 13 de dezembro de 2011. Em todas estas situações opera-se uma substituição do julgador pelo legislador, presumindo-se à partida e de forma incontestável uma particular necessidade de prevenção especial de ressocialização. Também em 2007, o legislador decidiu-se pela correspondência entre o tempo de prisão determinado e a medida da pena que a substitui, sendo o limite mínimo de um ano.

No que concerne a esta matéria, a última alteração teve lugar em 2017 – Lei n.º 94/2017, de 23 de agosto – e incidiu novamente sobre o critério de conversão, referindo agora o n.º 4 do art. 50.º do CP que “O período de suspensão é fixado entre um e cinco anos”, em prejuízo da anterior política de correspondência.

Em suma, a evolução da figura da suspensão tem vindo a caminhar no sentido de alargar o seu âmbito de aplicação e a frequência da sua utilização, pelo incremento das suas potencialidades no que ao cumprimento das finalidades da punição diz respeito, particularmente a necessidade de prevenção especial positiva de ressocialização, em harmonia com as razões que lhe deram causa⁵⁷. Hoje, esta pena substitutiva configura entre nós a pena de maior relevo, tendo em conta o seu abrangente campo de ação, dirigido já à média criminalidade.

3.2. Regime jurídico

O regime jurídico da suspensão da execução da pena de prisão encontra-se previsto nos arts. 50.º a 57.º do CP e nos arts. 492.º a 495.º do CPP.

3.2.1. Pressupostos

De acordo com o art. 50.º, n.º 1 do CP, “O tribunal suspende a execução da pena de prisão aplicada em medida não superior a cinco anos se, atendendo à personalidade do agente, às condições da sua vida, à sua conduta anterior e posterior ao crime e às circunstâncias deste, concluir que a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição”.

O juízo de substituição é então passível de se qualificar como um “juízo complexo”⁵⁸, onde se integram dois momentos valorativos distintos, mas lógico-sistematicamente concatenados, na medida em que a existência do segundo momento depende da verificação de circunstâncias atinentes ao momento anterior.

⁵⁷ “todas as medidas punitivas devem castigar o homem e, ao mesmo tempo, em vez de o perder, ganhá-lo de novo para a sociedade”, *in* Atas das Sessões da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral.

⁵⁸ Leite, 2015, p. 535.

O primeiro momento valorativo corresponde a uma exigência formal, no qual se averigua se a medida concreta da pena cabe dentro do campo de aplicação da medida substitutiva. No que diz respeito à suspensão da execução da pena de prisão, a medida da pena, previamente determinada pelo juiz, não pode ser superior a 5 anos⁵⁹. É ainda possível entender-se que o limite máximo de substituição abriga o *quantum* mínimo de prevenção geral indispensável, pensado pelo legislador, a partir do qual é irrelevante o facto de a finalidade preventivo-especial (e de dissuasão individual, caso se opte por a aceitar) ser mais facilmente alcançada com a suspensão, uma vez que se furta ao julgador a possibilidade de a aplicar, por ponderosos motivos de defesa do ordenamento jurídico⁶⁰.

Esta operação é, portanto, de cariz exterior ao próprio juízo de substituição, dado que importa o resultado de um instante judicial anterior para que esta tenha lugar e, simultaneamente, é condição indispensável para se avançar para o “verdadeiro cerne da operação”⁶¹.

Uma vez confirmado o pressuposto formal, cumpre agora ao juiz debruçar-se sobre o momento-chave do juízo de substituição: o momento de realizar o juízo de prognose⁶² sobre o comportamento do agente, com base no circunstancialismo até então apurado. Se favorável, espera-se que o condenado sinta a condenação como uma advertência e conduz à aplicação da suspensão; se desfavorável, frustra toda a eventualidade substitutiva.

Utilizando as palavras de André Lamas Leite, “O prognóstico é, por excelência, uma função judicativa e em que, com métodos que se colhem na História e na Psicologia, o magistrado analisa factos passados, mas também uma “direção futura” do condenado de tipo comportamental preditivo”⁶³. Quer-se dizer que, por via da mera censura do facto e da ameaça da pena de prisão⁶⁴, isto é, do núcleo ideológico das penas substitutivas, crê-se na possibilidade e probabilidade de se verem cumpridas as finalidades da pena, extraídas, como vimos, do art. 40.º.

Para este efeito, sob o julgador recai a obrigação de atender tanto à personalidade do agente e às suas condições de vida e conduta anterior e posterior ao facto, como às circunstâncias deste⁶⁵. Através desta operação, intenta-se perceber se estão em causa características típicas do delinquente e bem assim preditivas do seu comportamento futuro, ou se traduzidas no facto criminoso apenas se encontram características contextuais que pouco revelam do agente. Há ainda que considerar a sua estrutura social, no sentido de

⁵⁹ A medida dos 5 anos foi resultado da alteração introduzida pela Lei n.º 59/2007. Para mais desenvolvimentos, Leite, 2009.

⁶⁰ Sobre esta questão, Carvalho, 2016, pp. 80 e ss.

⁶¹ Leite, 2015, p. 535.

⁶² O BGH define a prognose como “a maior probabilidade de o agente, no futuro, não praticar crimes que a de reincidir”.

⁶³ Leite, 2015, p. 535.

⁶⁴ No entanto, as penas de substituição, nomeadamente a suspensão da pena de prisão, podem envolver o cumprimento de deveres e/ou regras de conduta – ou até ser sujeita ao regime de prova, no caso da suspensão –, apresentando-se como um *plus* em relação à simples ameaça de prisão.

⁶⁵ Verifica-se que existe alguma coincidência entre as circunstâncias presentes no art. 50.º, equacionadas em sede de substituição, e as circunstâncias enumeradas no art. 71.º, n.º 2, que orientam a determinação da medida da pena.

avaliar a sua relação com o ambiente circundante. O juízo de prognose carece pois de uma “análise transversal e longitudinal da vida do condenado”, sempre com o escopo de “descobrir se o delito surge como um episódio desgarrado numa vida habitualmente normativa ou como parte do que pode ser já designado por carreira criminal”⁶⁶.

A decisão substitutiva, tendo em conta a finalidade preventiva afeta ao Direito Penal, exprime uma realidade prospetiva. Neste sentido, este juízo deve ter por referência o momento da decisão e ser realizado com os olhos postos no que se almeja alcançar com a substituição, ao invés de focar a prática do facto criminoso⁶⁷. Em última instância, o desígnio das sanções substitutivas é obstar à reincidência por meio da ressocialização e não “qualquer “correção”, “melhora” ou – ainda menos – “metanoia” das concepções daquele [do condenado] sobre a vida e o mundo”⁶⁸. Apesar disto, não se deseja que o juiz desatenda completamente à gravidade do ilícito e àquilo que este indicia sobre a personalidade do seu autor, designadamente as suas necessidades de ressocialização – além da atenção a si já endereçada no obstáculo à substituição em que se traduz o pressuposto formal –, dado que será sempre em prol de considerações de prevenção geral positiva de defesa do ordenamento jurídico que se decidirá o assunto. Assim, ainda que se conclua pela existência de um juízo de prognose favorável atendendo a considerações de índole preventivo-especial, a suspensão não deverá ter lugar se as necessidades de prevenção geral forem prementes, desaconselhando a suspensão.

Importa ainda notar que ao juízo em questão corresponde uma difícil concretização, visto não ser possível lançar mão de uma qualquer teoria descodificadora de padrões de comportamento criminal, pelo facto de estarmos a navegar no domínio da imprevisibilidade humana. Deste modo, o juízo de prognose não pode ser senão probabilístico⁶⁹ e ao juiz nada mais se lhe pode exigir do que encontrar uma margem de risco apropriada entre a prognose (des)favorável e as exigências não menos importantes da comunidade, que lhe permita alcançar uma esperança fundada de que é possível a ressocialização do agente em liberdade⁷⁰.

3.2.2. Modalidades

Segundo o entendimento de Paulo Pinto de Albuquerque⁷¹, configuram-se cinco modalidades de suspensão: (1) suspensão da pena *tout court*, (2) suspensão da pena com deveres, (3) suspensão da pena com regras de conduta, (4) suspensão da pena com deveres e regras de conduta e (5) suspensão da pena com regime de prova.

No caso da suspensão da pena *tout court*, o tribunal, verificado o preenchimento dos já referidos pressupostos legais, limita-se a suspender a pena, fixando o período de suspensão e fundamentando tal decisão.

⁶⁶ Leite, 2015, p. 524.

⁶⁷ Neste sentido, Dias, 2005, p. 519.

⁶⁸ Dias, 2005, p. 519.

⁶⁹ Longe andaremos dos modelos deterministas da vontade humana – Ver Capítulo I.

⁷⁰ Deste modo, refere Jescheck que o tribunal deve ser capaz de assumir um risco prudente (Jescheck, 1981, pp. 1154-1155, *apud* Luís, 2017, p. 24).

⁷¹ Cf. Albuquerque, 2008, p. 307.

Na suspensão da pena com sujeição ao cumprimento de deveres, plasmada nos arts. 50.º, n.º 2, e 51.º, os deveres determinados visam reparar os danos sobrevivendo do crime, seja economicamente através da reposição da situação da vítima, seja moralmente, quanto tal se mostre apropriado e suficiente.

O elenco apresentado é meramente exemplificativo e tanto sobre estes deveres como outros que eventualmente se formulem pendem as obrigações de, numa primeira linha, não serem limitadores dos direitos fundamentais do condenado⁷² e, numa segunda linha, serem de cumprimento consideravelmente exigível, em termos de proporcionalidade e adequação face às finalidades da punição⁷³. Ressalva-se também que os deveres são passíveis de modificação, caso ocorram “circunstâncias relevantes supervenientes ou de que o tribunal só posteriormente tiver tido conhecimento”⁷⁴.

Por fim, existe ainda a possibilidade de o tribunal determinar o acompanhamento do condenado pelos serviços de reinserção social como forma de potenciar o propósito ressocializador da suspensão, estando totalmente vedada a hipótese de esta condição se converter numa vigilância completa da sua vida.

O que se vem de dizer encontra aplicação no âmbito da suspensão da pena com sujeição ao cumprimento de regras de conduta – art. 52.º do CP –, com a diferença de que as regras de conduta se dirigem primordialmente a favorecer a reintegração do condenado na sociedade, de acordo com as necessidades preventivo-especiais apuradas.

Finalmente, a suspensão da pena com regime de prova⁷⁵, presente no art. 53.º do CP, assenta na elaboração de um plano pessoal de reinserção social⁷⁶, focado nas necessidades de prevenção especial de socialização do condenado, nomeadamente no sentido de estimular a sua responsabilidade social.

O que particulariza esta modalidade é igualmente a significativa vigilância e apoio de técnicos especializados, manifestação do seu carácter marcadamente assistencial. Como já se disse, as leis n.º 59/2007 e n.º 103/2015 determinaram a obrigatoriedade da aplicação do regime de prova nas situações em que o condenado tenha idade inferior a 21 anos à data dos factos e ainda nos casos em que a condenação seja em virtude da prática de crime previsto nos arts. 163.º a 176.º-A, cuja vítima seja menor.

Perante o incumprimento dos deveres, das regras de conduta ou do plano de reinserção social (no sentido de o condenado não cuidar de cumprir o plano), o tribunal dispõe de diversas medidas, listadas no art. 55.º do CP⁷⁷, as quais carecem de um comportamento incumpridor culposos⁷⁸ para serem acionadas. Contudo, continuam a ser finalidades preventivas a conduzir o juiz na escolha da medida mais conveniente (ou

⁷² Nesta medida, Figueiredo Dias refere a importância de a enumeração dos deveres ser a mais ampla possível (Dias, 2005, p. 530).

⁷³ Cf. n.º 2 do art. 51.º do CP.

⁷⁴ Cf. n.º 3 do art. 51.º do CP e art. 492.º do CPP.

⁷⁵ O regime de prova, tal como hoje se encontra legalmente previsto, não encontra completa correspondência na *probation* anglo-saxónica, porquanto neste modelo apenas existe o momento da determinação concreta da pena em caso de incumprimento da *probation*, firmando-se sobre uma declaração de culpa.

⁷⁶ Conferir art. 54.º do CP e art. 494.º do CPP.

⁷⁷ Conjugado com o art. 495.º do CPP.

⁷⁸ A doutrina tem entendido que este comportamento incumpridor pode igualmente ser de índole negligente, uma vez que o artigo não faz qualquer distinção. Neste sentido, conferir Albuquerque, 2008, p. 315.

a sua cumulação), de modo a poder conservar-se o juízo de prognose favorável inicialmente estabelecido.

A revogação da suspensão aparece como a consequência mais gravosa passível de ser aplicada – art. 56.º do CP – e pode ocorrer quando o condenado infrinja grosseira ou repetidamente os deveres, regras de conduta ou plano de reinserção social ou cometa um crime durante o período de suspensão⁷⁹. Todavia, nenhum destes fundamentos é suficiente por si só para desencadear a revogação, na medida em que estes devem ser sempre acompanhados da consideração das finalidades especiais preventivas que motivaram *a priori* a decisão de suspender a pena na sua execução, por forma a perceber se estas ainda são passíveis de concretização com a persistência da suspensão. Ou seja, o ato de revogação não é dotado de automaticidade. No entanto, se a manutenção da pena suspensa implicar o prejuízo das finalidades e do juízo de prognose favorável efetuado, a revogação será e comportará dois efeitos: o cumprimento da pena fixada na sentença e a não restituição de prestações que o condenado haja realizado.

Decorrido o período de suspensão, sem causa para a sua revogação, a pena substitutiva é declarada extinta pelo tribunal, só tal não acontecendo se se encontrar pendente um processo por crime que possa ocasionar a revogação ou incidente por incumprimento dos deveres, regras de conduta ou plano de reinserção social⁸⁰.

4. Os fins das penas face à singularidade dos crimes sexuais

4.1. Da prevenção especial

Iniciamos com a adenda de que temos presente que o assunto que nos propomos analisar sempre implicará uma abordagem multidisciplinar – nomeadamente biológica, sociológica, psicológica, histórica e jurídica –, cuja plenitude nunca lograremos alcançar, faltando-nos o método e a bagagem necessários, e sobre a qual inexistem, até no âmbito da mais especializada dedicação, uma resposta cabal, não estivéssemos nós a navegar no domínio da imprevisibilidade humana.

Pretendemos averiguar se, no âmbito da finalidade preventivo-especial, se poderá sustentar a existência de uma determinada especialidade nos agressores sexuais e nos atos por eles cometidos que torne desadequada e até infrutífera a aplicação de uma pena substitutiva como forma de ressocialização e recuperação do agressor.

Teoricamente, o comportamento sexual desviante encontra justificação a partir de contributos biológicos, psicológicos, sociológicos, da teoria da aprendizagem social⁸¹ e contextuais, sendo manifesta a diversidade de fatores que concorrem para a origem e manutenção de um padrão sexualmente agressivo⁸². Este comportamento encontra-se

⁷⁹ Mostra-se conveniente apontar que, no caso de a revogação ser devida ao cometimento de crime doloso ou negligente durante o período de suspensão, a pena correspondente é executada depois da pena de prisão “reavivada” pela revogação. Para mais desenvolvimentos, Albuquerque, 2008, pp. 316 e ss.

⁸⁰ Neste sentido, Figueiredo Dias classifica como um inconveniente inevitável o facto de a revogação ou modificação das condições da suspensão poderem vir a ter lugar num momento posterior ao fim do período de suspensão.

⁸¹ Teoria que sobreveio com o psicólogo social Albert Bandura, que postula a existência de uma aprendizagem social, por apreensão de comportamentos das pessoas que integram o nosso meio social, através da observação e reprodução dos modelos sociais existentes e a partir da qual se intenta a integração na sociedade.

⁸² Vieira, 2010 p. 19.

presente em indivíduos cuja ativação sexual procede de estímulos atípicos, designadamente contextos sexuais coercivos.

Como ponto de partida, encontramos na literatura a referência à teoria das cognições distorcidas que procura explicar o aparecimento deste tipo de comportamentos. Apesar de por si apresentarem apenas uma influência relativa na explicação do fenómeno da agressão sexual, as distorções cognitivas justificam uma grande porção dos comportamentos nela presentes. A par destas distorções, os interesses sexuais atípicos desenvolvem-se ainda na dependência de um certo percurso desenvolvimental, de onde resulta a existência de uma heterogeneidade no que respeita à caracterização dos agressores sexuais.

No entanto, é hoje pacífico que as cognições detêm um papel relevante no processo psicológico que conduz à agressão sexual, na medida em que se lhes reconhece o poder de influir nos mecanismos de representação da informação armazenada e na tomada de decisões. Uma parte preponderante das teorias até aqui avançadas vai mais longe ao admitir que as cognições nos agressores sexuais são distorcidas por comparação com a dos restantes criminosos e com as da população em geral, residindo a diferença no conteúdo da distorção propriamente dita e não no seu processo de formação⁸³.

A distorção das cognições identifica-se com o fabrico de autoideações, através da recolha e posterior apreensão defeituosa de sugestões socioambientais, que possibilitam a minimização, justificação ou racionalização de determinados comportamentos e, consequentemente, a sua reiteração. No entanto, importa isolar os contextos em que está presente nos indivíduos uma parafilia⁸⁴ enquanto causa da agressão sexual, salientando todavia que a sua prática não implica a automática existência de qualquer tipo de perturbação. Nestes casos, estamos já no domínio do tratamento psiquiátrico.

Juntamente com as cognições, atuam as circunstâncias relativas ao percurso desenvolvimental de cada agressor. O ser humano apresenta um percurso desenvolvimental típico em relação ao desenvolvimento da sexualidade. Contudo, os interesses sexuais de alguns indivíduos desviam-se dessa tipicidade, podendo ser diversos os fatores, inclusive não sexuais, a contribuir para este afastamento. Existem, pois, certos percursos que fomentam mais facilmente o aparecimento de comportamentos sexuais agressivos.

Segundo a informação encontrada, as distorções cognitivas mais frequentes nos agressores sexuais são a negação e a minimização do seu comportamento, a distorção da perceção e a presença de crenças inadequadas, principalmente em relação ao papel da vítima e às circunstâncias em que a agressão ocorreu. É ainda comum a carência de valores sociais⁸⁵.

Um dos principais problemas e, consequentemente, um dos argumentos mais substanciais para a inadequação do regime substitutivo é o facto de se ter vindo a verificar que as distorções se consolidam de tal forma que se tornam partes estruturantes da personalidade do agressor que age sob a sua ascendência. Deste modo, a intervenção

⁸³ Segundo alguma literatura, os agressores sexuais apresentam os resultados mais expressivos em avaliações de desvios/distorções das cognições (Vieira, 2010, p. 66).

⁸⁴ A parafilia identifica-se como uma perturbação no desenvolvimento da identidade sexual.

⁸⁵ Vieira, 2010, pp. 68-76 e 79.

junto destes indivíduos reclama a consideração de elementos objetivos que se têm vindo a firmar sobre o comportamento sexual agressivo e sobre os seus autores, bem como exige a desconstrução das cognições distorcidas e a sua posterior substituição por modos não ofensivos de desenvolver a sua sexualidade⁸⁶.

Em primeiro lugar, verifica-se que os elementos objetivos que se têm revelado constantes no que aos agressores sexuais e ao seu comportamento se referem indicam que, apesar de não ser possível apontar a homogeneidade como uma característica do grupo dos agressores sexuais, estes indivíduos não diferem em grande medida da população portuguesa em geral, caindo a imagem do típico agressor sexual⁸⁷ – desafortunado e desinserido. São antes indivíduos que, independentemente da sua inserção e projeção sociais, conservam crenças e atitudes tradicionais, conservadoras e disfuncionais – muitas vezes reforçadas após o comportamento sexual agressivo –, designadamente uma visão negativa da mulher, tradutoras da ideia de que o uso da força no domínio sexual é razoável e até desejado⁸⁸.

Todavia, constata-se que este tipo de dados não encontra eco nas decisões jurisprudenciais, no momento de atender ao juízo de substituição, uma vez que critérios como a inserção social do agente na sociedade continuam a configurar um fator preponderante na decisão de suspender a pena de prisão. Deste modo, continua a assistir-se à valorização deste elemento como indicador de um juízo de prognose favorável quando cada vez mais investigações⁸⁹ têm concluído pelo carácter sociável dos agressores sexuais, manifesto na sua capacidade de se relacionar com os outros, sendo muitas vezes uma surpresa os atos por si praticados.

Em segundo lugar, a desconstrução de cognições tão solidamente firmadas poderá exigir uma intervenção significativamente “invasiva” e duradoura, que pouco se coaduna com o parco acompanhamento que caracteriza a frequência de programas em sede de suspensão da pena⁹⁰, traduzindo-se sobretudo num acompanhamento genérico e farmacológico⁹¹. Assim, não nos parece que se tenha vindo a prestar a devida consideração ao cunho marcadamente especializado que tem sido atribuído aos agressores sexuais por diversos investigadores.

Tendo em vista o sucesso da intervenção, também não nos parece difícil de alcançar que um exercício desta índole poderia revestir-se de mais efetividade se tivesse lugar num ambiente controlado, que necessariamente não seria o ambiente habitual do intervenido. Só com um acompanhamento intenso e continuado, necessariamente prolongado, que sempre abarcaria a desconstrução das distorções cognitivas individuais, e

⁸⁶ Vieira, 2010, p. 51.

⁸⁷ Para mais desenvolvimentos, Rebocho, 2007.

⁸⁸ Neste ponto, cumpre-nos evidenciar o papel conivente desempenhado pela sociedade quando perpetua crenças de prevalência do homem sobre a mulher, que resultam na legitimação da violência e na tolerância para com comportamentos sexualmente agressivos. Não será certamente coincidência que praticamente a totalidade dos agressores sexuais seja do sexo “prevalente”.

⁸⁹ Nomeadamente, Vieira, 2010, e Verónico, 2015.

⁹⁰ Que deveria ser obrigatória sempre que se tratasse da prática de um crime sexual, independentemente da idade da vítima.

⁹¹ Ricardo Barroso salienta a importância de a intervenção junto dos agressores sexuais ser de cariz psicoterapêutico – cf. Anexo.

por isso incompatível, na maior parte dos casos, com a vida em liberdade, seria possível uma adaptação fiel da intervenção às características particulares do agressor e uma atenção redobrada aos fatores de risco dinâmicos, responsáveis pela reincidência.

Com efeito, defendemos que a singularidade dos agressores sexuais e dos seus crimes reclama a excecionalidade – ou a prudência – na hora da aplicação do instituto da suspensão da pena, porquanto esta medida não responde de forma eficiente às necessidades preventivo-especiais apresentadas por este género de agressores, falhando desde logo quando se baseia em critérios que se têm descoberto distantes da realidade criminosa.

Defendemos de igual forma que a configuração atual dos estabelecimentos prisionais – a sua conotação negativa, o seu carácter deletério, a sobrepopulação prisional e os elevados custos para o Estado – não pode suportar a opção pela suspensão da pena⁹², na medida em que uma real ressocialização – ou o seu melhor esforço – deveria ser possível atingir tanto em sede de medidas institucionais como em sede de medidas não institucionais, devendo o fator decisivo ser unicamente a sua adequação ao caso concreto. Não se pretende desta forma colocar em causa o princípio da preferência pelas penas não detentivas – art. 70.º do CP –, mas apenas esclarecer que, por forma a possibilitar uma efetiva realização da justiça através da concretização das finalidades da punição, é premente reformular a ideia de prisão no sentido de esta se tornar um instrumento regenerador, uma vez que continua a ser indispensável na luta contra a criminalidade mais grave, como são ou deveriam ser os crimes sexuais⁹³.

4.2. Da prevenção geral

Aqui chegados, cumpre-nos agora confrontar a pretendida singularidade dos crimes sexuais com a finalidade preventivo-geral positiva, enquanto principal desígnio do Direito Penal e das suas sanções. Para tanto, começamos por lembrar que, prosseguindo esta finalidade, a intervenção criminal propõe-se conservar a confiança comunitária na validade da norma violada e, por inferência, manter a pacificação social.

Quando evocada como fundamento de suspensão da execução da pena, a prevenção geral surge com o sentido de barreira suscetível de ser transposta se não se colocar em causa, na construção de Figueiredo Dias⁹⁴, o limiar mínimo de defesa do ordena-

⁹² Neste sentido, Taipa de Carvalho refere a urgência de estarem reunidas as condições necessárias nos estabelecimentos prisionais para se lograr responder às necessidades de ressocialização do agente.

⁹³ No sentido da posição que se tem vindo a defender e em prol da viabilidade de uma ressocialização alcançada dentro do meio prisional, cumpre-nos ainda alertar para os dados recolhidos em relação ao Programa de Intervenção Dirigido a Agressores Sexuais, desenvolvido com reclusos condenados por crimes sexuais, em cumprimento de prisão efetiva com o objetivo de prevenir a reincidência:

- a maioria dos indivíduos (85,2%) não frequentou o programa;
- 4,9% dos indivíduos frequentaram-no, mas não o concluíram;
- 1,6% concluíram o programa, mas sem assiduidade;
- apenas 8,2 % dos reclusos frequentaram e concluíram o programa com assiduidade.

Apesar de estes dados serem circunscritos a um estabelecimento prisional, é possível perceber que este panorama é comum aos poucos locais que oferecem este programa, denunciando o escasso investimento e, consequentemente, a sua inutilidade.

Atualmente, apontam-se três estabelecimentos prisionais onde este tipo de programas existe. Estes programas encontram-se ainda na dependência da aceitação dos reclusos.

⁹⁴ Ver Capítulo I.

mento jurídico. Ora, os crimes sexuais são tipos de ilícito que projetam consequências a dois níveis – comunitário e individual –, que acabam por se influenciar mutuamente, como acabaremos por perceber.

Comunitariamente, os comportamentos sexualmente coercivos são percecionados de forma cada vez menos tolerante, assinaladas que são as graduais alterações ao sistema social de crenças. A ideia de um direito sexual do homem já não encontra adesão à realidade e, por conseguinte, os interesses a salvaguardar são hoje consentâneos com a preservação do bem jurídico liberdade sexual – genericamente, a “liberdade de se relacionar sexualmente ou não e com quem”⁹⁵.

Atendendo ao seu elemento subjetivo e às suas repercussões sociais, somos categoricamente da opinião de que, face a um crime sexual, a mera censura do facto e a ameaça de prisão não realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição, contidas no art. 40.^o⁹⁶. Trata-se de crimes que produzem enorme alarme e repulsa sociais, porquanto lesam um dos núcleos mais estruturantes para o livre desenvolvimento da pessoa – art. 26.^o da CRP.

Concordamos com Teresa Pizarro Beleza quando refere que falar sobre crimes sexuais é necessariamente falar de desigualdade e, acrescentamos, de violência de género. Tendo por referência o RASI 2018 e querendo apenas fazer uma alusão genérica ao tema⁹⁷, constatamos que, apesar de estar a assistir-se a um decréscimo da criminalidade violenta e grave, as queixas pelo crime de violação, enquanto um dos crimes sexuais mais graves, espelham a tendência inversa, tendo sido efetuadas 421 queixas no ano transato⁹⁸. Ainda da mesma fonte: a totalidade dos arguidos do crime de violação pertence ao sexo masculino, enquanto o sexo feminino constituiu quase 90% do universo de vítimas, sendo este um panorama inalterado pelo passar do tempo. Neste sentido, percebe-se que a prática de atos sexuais com recurso à coação, especialmente dirigida à mulher na qualidade de vítima natural⁹⁹, continua a ser encarada como legítima e justificada sob o estigma de “estar a pedi-las”.

Com efeito, o forte sentimento de insegurança e reprovação que estes ilícitos despoletam exige uma resposta judicial tendencialmente firme e austera, tendo em vista as

⁹⁵ Beleza, 1996, p. 16.

⁹⁶ Importa ressaltar novamente que as inúmeras referências a crimes sexuais durante toda a exposição, nomeadamente quando se aprecia a compatibilidade do seu modo de punição com as finalidades punitivas, se reportam a um conceito que, embora se pretenda amplo, nunca poderá incluir a totalidade dos comportamentos sexualmente censuráveis – a título de exemplo, o crime de importunação sexual, art. 170.^o do CP. Bem sabemos que a sexualidade abarca uma panóplia de atos que, num cenário coercivo – o único que nos interessa –, diferem em termos de gravidade. Por conseguinte, tudo o que até aqui afirmamos e o que viremos a afirmar só poderá encontrar validade em face de comportamentos revestidos de uma certa punitividade, em especial os arts. 163.^o, 164.^o e 171.^o do CP, coação sexual, violação e abuso sexual de crianças, respetivamente. Contudo, cabe-nos também esclarecer que a gravidade a que acabámos de nos referir, em nossa opinião, tem sido entendida em medida inferior àquela por que propugnamos neste trabalho; isto é, os atos que pensamos serem relevantes em termos de censurabilidade têm sido diminuídos pela jurisprudência nacional, acabando por se definir a barreira num patamar em muito inferior ao necessário.

⁹⁷ De facto, dificilmente poderíamos deixar de referir questões de género, em muito relacionadas com o tema que nos propusemos desenvolver. Contudo, assumimos que nunca foi nosso objetivo torná-las parte central do trabalho, faltando-nos o tempo e o espaço necessários.

⁹⁸ Segundo os dados presentes no RASI de 2017 e de 2018, no ano de 2016, as queixas pelo crime de violação foram 335 e, em 2017, foram 408.

⁹⁹ Termo de Teresa Pizarro Beleza (Beleza, 1996, p. 14).

finalidades preventivas gerais positiva e negativa – que já dissemos não ser de negar¹⁰⁰ – e que encontram maior expressão com a aplicação de uma pena de prisão efetiva. Positivamente, o sentimento comunitário carece de percecioner como reafirmada a validade da norma violada e, de modo lógico, tanto maior será esta necessidade quanto maior for a indignação e a revolta causadas pelo crime. Negativamente, a dissuasão de potenciais criminosos que se pretende torna-se dificultada quando a aplicação da suspensão da pena se converte em paradigma no caso dos crimes sexuais. Deste modo, não se pode deixar de reconhecer que toda a sentença judicial não se reduz ao tribunal e aos diretamente envolvidos, encontrando eco na estrutura social, e que esta constitui uma parte importante do Direito Penal em termos de satisfazer e serenar um sentimento social de justiça.

No plano individual, a violência sexual¹⁰¹ é associada a inúmeras consequências, quer imediatas, quer a longo prazo, nomeadamente o facto de potenciar a prática de comportamentos de alto risco¹⁰². Os custos físicos e mentais¹⁰³ são de tal ordem que acabam por ter um impacto comunitário, e a Organização Mundial da Saúde tem inclusive vindo a advogar a classificação da violência sexual como um problema de saúde pública. Apesar deste cenário dantesco, o real impacto da violência sexual é invisível, na medida em que nem todos os casos chegam a ser conhecidos e os que o são traduzem-se em dados dispersos.

Apesar do que se vem de dizer, ressaltamos que não constitui nossa intenção perigar a identificação das penas substitutivas como verdadeiras penas, nem tampouco retirar-lhes o seu carácter efetivo na prossecução das suas finalidades. Enquanto alternativa à prisão efetiva, as penas de substituição pretendem cumprir semelhantes desideratos. Todavia, julgamos que perante um crime sexual grave dificilmente estas penas, no caso a suspensão, alcançam a *ratio* do art. 40.º, de forma a conferir uma plena proteção ao bem jurídico liberdade sexual. Assim, entendemos que a prisão efetiva permanece tendencialmente como a melhor resposta.

Não obstante, e utilizando as palavras de André Lamas Leite, as penas de substituição “só cumprirão em absoluto o seu papel se e na medida em que forem percecionadas pelo agente e pela comunidade como verdadeiras sanções [...]. Ora, tal importa que as mesmas sejam eficazes e fiáveis, [...] que não sejam um modo encapotado de descriminalização ou despenalização”¹⁰⁴. Neste sentido, cabe-nos acrescentar que também não podem servir como uma forma de veicular e legitimar crenças, estigmas ou ideologias.

¹⁰⁰ Ver Capítulo I.

¹⁰¹ O Relatório Mundial sobre Violência e Saúde, elaborado pela OMS em 2002, define violência sexual como “qualquer ato sexual, tentativa de o obter, comentários ou insinuações sexuais não desejadas, atos de tráfico ou dirigidos contra a sexualidade de uma pessoa usando a coerção, por qualquer pessoa, independentemente da sua relação com a vítima, em qualquer contexto, porém não limitado à penetração da vulva ou ânus com o pénis, outra parte do corpo ou objeto”.

¹⁰² Os comportamentos de alto risco associados à violência sexual incluem uso nocivo de álcool e drogas, abandono escolar e delinquência juvenil, gravidez precoce e prática de relações sexuais desprotegidas.

¹⁰³ As consequências associadas à violência sexual incluem traumatismos físicos, complicações ginecológicas e reprodutivas, doenças sexualmente transmissíveis, transtorno de *stress* pós-traumático, suicídio, transtornos mentais como depressão, ansiedade e síndrome de pânico, disfunção sexual, distúrbios de sono, assim como consequências no âmbito relacional – íntimo, familiar, social e profissional.

¹⁰⁴ Leite, 2015, p. 336.

Explicando: se dantes era a própria lei a espelhar a existência de uma certa ordem social, em que a mulher assumia um papel secundário; se graças a várias alterações legislativas, para as quais contribuíram uma certa evolução social e os esforços de instrumentos internacionais¹⁰⁵, se direcionou a proteção para a esfera da liberdade sexual, não se protegendo já qualquer moral; hoje, a questão parece colocar-se no domínio das penas de substituição, na medida em que, por vezes, lhes serve de fundamento sistemas de crenças obsoletos que, para além de não encontrarem qualquer suporte real, nada mais fazem que diminuir o fenómeno da violência sexual e as suas consequências, bem como mostrarem-se coniventes com uma “cultura da violação”¹⁰⁶.

À semelhança do mesmo autor¹⁰⁷, também não constitui nossa intenção patrocinar uma ideia de dependência das funções magistras em face de uma aprovação comunitária. Contudo, parece-nos que, no âmbito do trabalho que temos vindo a desenvolver, não seria de todo incompatível – até adequado – com as finalidades preventivo-especiais e preventivo-gerais da pena se a jurisprudência e a convicção pública convergissem ou pelo menos não demonstrassem estar em pontos tão distantes.

4.3. Considerações finais

Ante os crimes sexuais, não se defende outra coisa a não ser a liberdade individual, na vertente sexual, onde se institui pois o “direito de cada um de não suportar de outrem a realização de atos de natureza sexual, contra a sua vontade”¹⁰⁸. Se alguma hierarquização de bens jurídicos for possível concluir, na senda de Conceição Ferreira da Cunha¹⁰⁹, cremos que o bem jurídico liberdade sexual ocupará lugar cimeiro.

Refere a autora o princípio da dignidade humana como o principal critério orientador desta hierarquização, não podendo o bem jurídico em questão estar em mais estreita ligação com este princípio, porquanto se manifesta essencial no livre desenvolvimento da personalidade. Neste sentido, impõe-se a necessidade de uma proteção extensiva e exaustiva, em prol de uma consciencialização quanto à sua importância, até agora gorada, se atendermos aos crescentes números atinentes a este tipo de criminalidade, tradutores de uma certa tolerância face a esta realidade.

É apazível observar que a evolução neste âmbito tem revelado uma crescente incriminação de condutas, sobretudo se considerarmos o caminho percorrido desde a tutela da moralidade sexual¹¹⁰. No entanto, alcançada a criminalização, importa agora uma proteção efetiva e real, que falha no momento da escolha da pena.

Posto isto, seria da maior utilidade se também neste plano se pudesse contar com um limite mínimo de defesa do ordenamento jurídico, tal qual sucede no momento da determinação da medida concreta da pena. A este propósito, referimos a teoria da mar-

¹⁰⁵ Nomeadamente, a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica, comumente conhecida como Convenção de Istambul.

¹⁰⁶ Ventura, 2018, p. 14.

¹⁰⁷ Para mais desenvolvimentos, Leite, 2015.

¹⁰⁸ Natscheradetz, 1985, p. 141.

¹⁰⁹ Cunha, 1995, pp. 317-326.

¹¹⁰ Alteração fruto da Revisão de 1995 do CP.

gem da prevenção geral¹¹¹ e a possibilidade da sua transposição – ou de uma dinâmica semelhante – para o domínio do juízo substitutivo. Neste sentido, pretende-se que não seja possível lançar mão de uma pena substitutiva quando tal não garanta uma proteção mínima do bem jurídico no caso concreto, nem tampouco reafirme a confiança comunitária na norma infringida. A tutela dos bens jurídicos fundamentais, enquanto finalidade primordial visada pela pena, não pode estar à mercê de considerações de qualquer índole, não podendo sobreviver uma estrutura social onde não se assegura a mais livre realização da personalidade de cada pessoa, individual e comunitariamente.

No mínimo, aproximamo-nos do Projeto de Lei n.º 1191/XIII/4.^a do PAN, no sentido de o acompanhamento técnico através da frequência de programas de reabilitação – que já caracterizámos de insuficiente – ser mais extenso. Ora, com carácter obrigatório, o acompanhamento deveria estender-se, em nossa opinião, a todos os agressores sexuais, independentemente da idade da vítima, e não apenas aos agressores sexuais de crianças, como consagra o atual art. 53.º, n.º 4 do CP, e independentemente do tipo de condenação – pena efetiva ou suspensa. Ora, carece de sentido, tendo em conta as particularidades dos crimes em análise e os seus resultados, não dirigir esta obrigação a todos os seus perpetradores.

Conclusão

Não existe uma abordagem fácil no que concerne aos crimes sexuais, na medida em que se trata de um assunto mediaticamente estigmatizado, com repercussões ao nível do discurso jurídico. O resultado é um quadro jurisprudencial pautado por preconceitos e mitos, quer perante a vítima, quer perante o agressor, que potenciam desmedidamente a aplicação do instituto de suspensão da pena, numa desconsideração pela grave instabilidade provocada por estes crimes na comunidade.

Os agressores sexuais apresentam elementos psicológicos e comportamentais que os diferenciam dos restantes criminosos e que tornam – ou deveriam tornar – particular o momento de realização do juízo de prognose. A inserção social, enquanto um dos principais critérios decisores, deve deixar de configurar um indicador positivo na operação da substituição, na medida em que é manifesta a capacidade de estes agressores se projetarem socialmente. Adicionalmente, a intervenção que estes reclamam necessita de ser suficientemente incisiva, de forma a desconstruir as ideações propulsoras dos comportamentos que se condenam, o que será tendencialmente mais bem conseguido em sede de prisão efetiva.

As repercussões sociais reclamam igualmente que se apliquem sanções austeras e firmes, de forma a satisfazer e tranquilizar o sentimento social de justiça e, em última instância, devolver a confiança comunitária no sistema judicial.

Destarte, o Direito não se pode demitir da sua função de interpelação da sociedade, principalmente face a situações que tão proximamente contendem com a dignidade da pessoa humana.

¹¹¹ Ver Ponto 3, Capítulo I.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, P.P. (2008). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora.

ANTUNES, M.J. (2017). *Penas e medidas de segurança*. Coimbra: Almedina.

BELEZA, T.P. (1996). Sem sombra de pecado: O repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal. Separata das *Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal*. Lisboa.

BRITO, J.S. (2002). Os fins das penas no Código Penal. Problemas fundamentais de direito penal. In Valdágua, M.C.S. (ed.), *Colóquio Internacional de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin*. Lisboa: Universidade Lusíada.

CARVALHO, A.T. (1985). Condicionalidade sócio-cultural do direito penal. Análise histórica. Sentido e limites. Separata do número especial do *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem aos Profs. Manuel Paulo Merêa e Guilherme Braga da Cruz*. Coimbra.

CARVALHO, A.T. (2016). *Direito penal, parte geral, questões fundamentais. Teoria geral do crime*. 3.^a Edição. Porto: Universidade Católica Portuguesa.

CUNHA, M.C.F. (1995). *Constituição e crime. Uma perspetiva da criminalização e da des-criminalização*. Porto: Universidade Católica Editora.

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

DIAS, J.F. (2005). *Direito penal português. As consequências jurídicas do crime*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora.

FERREIRA, M.C. (1989). *Lições de direito penal, parte geral*. Tomo II. Lisboa/São Paulo: Verbo.

LEITE, A.L. (2009). A suspensão da execução da pena privativa de liberdade sob pretexto da revisão de 2007 do Código Penal. Separata de *ARS IVDICANDI. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora.

LEITE, A.L. (2015). *As penas de substituição em perspetiva político-criminal e dogmática: Contributo para uma análise sistemática*. Tese de Doutoramento em Direito. Ciências Jurídico-Criminais. Porto: Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

LEITE, A.L. (2020). Especificidades do juízo que preside às sanções substitutivas e o substrato da atenuação especial da pena (2019). In *Homenagem a Germano Marques da Silva*, vol. 1. Lisboa: Universidade Católica Editora.

LEITE, A.L. (2018). O (eventual) papel da culpa no juízo de prognose nas penas de substituição. *Revista do CEJ*, n.º 2.

LEITE, A.L. (2019). Punitividade e penas de substituição – *Relatio* paradoxal? Breves reflexões a partir da realidade portuguesa. *Revista Julgar Online*.

LUÍS, M.I.L. (2017). *A questão da aplicabilidade da suspensão da execução da pena de prisão aos crimes sexuais contra menores*. Dissertação de Mestrado em Direito. Lisboa. Universidade Católica Portuguesa.

MOURA, J.S. (2014). *A jurisprudência do STJ sobre fundamentação e critérios da escolha e medida da pena*. Retirado de: www.stj.pt/ficheiros/estudos/soutomoura_escolhamedidapena.pdf.

NATSCHERADETZ, K.P. (1985). *O direito penal sexual: Conteúdo e limites*. Coimbra: Almedina.

PATTO, P.V. (2011). Os fins das penas e a prática judiciária – Algumas questões. *Jornadas de Direito Penal e Processual Penal*. Albufeira.

REBOCHO, M.F. (2007). *Caracterização do violador português: Um estudo exploratório*. Coimbra: Almedina.

RODRIGUES, A.M. (1995). *A determinação da medida da pena privativa de liberdade: Os critérios da culpa e da prevenção*. Coimbra: Coimbra Editora.

RODRIGUES, A.M. (1982). A posição jurídica do recluso na execução da pena privativa da liberdade, seu fundamento e âmbito. *Boletim da Faculdade de Direito*, supl. 23. Coimbra.

RODRIGUES, A.M. (1988). Critério de escolha das penas de substituição no código penal português. Separata do *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*.

ROXIN, C. (1998). *Problemas fundamentais de direito penal*. 3.^a Edição. Lisboa: Veja Universidade.

VENTURA, I. (2018). *Medusa no palácio da justiça ou uma história de violação sexual*. Lisboa: Tinta da China.

VERÓNICO, M.S.B. (2015). *Agressores sexuais: Caracterização de uma amostra portuguesa*. Dissertação de Mestrado em Medicina Legal. Porto. Instituto de Ciências Biomédicas de Abel Salazar.

VIEIRA, S.M.A (2010). *Ofensores sexuais: Das crenças ao estilo de pensamento*. Tese de Doutoramento em Psicologia. Braga. Escola de Psicologia, Universidade do Minho.

Jurisprudência

Projeto de Lei n.º 1047/XIII/4.^a, PAN, Altera o Código Penal, nomeadamente o crime de violação, adaptando a legislação à Convenção de Istambul ratificada por Portugal, 2019.

Anexo

Excerto da entrevista realizada ao Dr. Ricardo Barroso, Professor Assistente na Universidade de Trás-os-Montes e Alto Douro, no âmbito da presente dissertação

1. Relativamente ao Programa de Intervenção Dirigido a Agressores Sexuais, desenvolvido com reclusos condenados por crimes sexuais, em cumprimento de prisão efetiva com o objetivo de prevenir a reincidência, recolhi os seguintes dados:

- *a maioria dos indivíduos da amostra (85,2%) não frequentou este programa;*
- *4,9% dos indivíduos frequentaram, mas não o concluíram;*
- *1,6% concluíram o programa, mas sem assiduidade;*
- *apenas 8,2 % dos reclusos frequentaram e concluíram o programa com assiduidade.*

Tendo isto presente, e dentro do que é possível conhecer e das estatísticas existentes, gostaria de perguntar: este panorama é efetivamente o mais próximo da realidade? Se sim, o que leva a grande maioria dos indivíduos a não frequentar estes programas e como se poderá alterar esta situação?

O panorama está próximo da realidade, sem dúvida (julgo que o programa só é aplicado na Carregueira, pelo que esses dados são apenas relativos a esse local...). Os dados que reporta são indicadores de este programa se revelar de uma enorme inutilidade. O problema não é deste tipo de programas, mas deste programa em concreto, da forma como foi feito e do procedimento que é usado para selecionar os sujeitos. A principal razão para o não envolvimento da maioria dos indivíduos é que a sua aplicação é em grupo (o que vai contra as melhores práticas internacionais), o que faz com que muitos indivíduos prefiram não ser expostos pelo crime que cometeram. Depois, não há um trabalho prévio de motivação para a inserção no programa (não existem psicólogos no sistema prisional que permitam fazer esse trabalho). No fundo fizeram um programa de intervenção não especializado (tratam os agressores sexuais como se fossem outros agressores, o que está longe de ser correto) e, é importante destacar, os seus conteúdos não seguem as melhores práticas internacionais.

2. De igual forma, gostaria de perceber um pouco mais sobre este tipo de programas, em termos de funcionamento, abordagens aplicadas, taxas de sucesso e se existem em quantidades relevantes.

Estes programas de intervenção são tendencialmente eficazes; os estudos apontam para taxas de eficácia em torno dos 60% (há casos que são mais difíceis e que reque-

rem outro tipo de intervenção, mais prolongada no tempo). Seguem uma estrutura clara, mas, para serem eficazes, devem seguir um conjunto de indicações específicas (em especial devem ter um foco de intervenção psicoterapêutica e não um foco exclusivamente psicoeducacional). O Canadá e o Reino Unido são os contextos onde estes programas têm sido implementados com sucesso desde há vários anos.

3. No âmbito da aplicação da pena suspensa, é habitual ser imposta a frequência destes programas? E ainda: é possível concluir pela maior taxa de sucesso da pena suspensa com a frequência destes programas do que sem a sua frequência?

Pelo meu conhecimento, é de facto habitual a imposição de frequência de programas no âmbito da sexualidade (apenas 25% dos agressores têm pena de prisão, pelo que aos restantes 75% é solicitada tipicamente esta intervenção). O problema é que existem muito poucas respostas e poucos especialistas; muitos psicólogos e psiquiatras nos hospitais (para onde são feitos habitualmente os pedidos de intervenção) têm dificuldades em intervir, fazendo um acompanhamento genérico e farmacológico (quando necessário), mas pouco psicoterapêutico.

3. Sabendo que o estudo dos ofensores sexuais é ainda uma área com muito por explorar e que é difícil apresentar com certeza qualquer explicação para este tipo de comportamento, a teoria das cognições distorcidas é a que reúne mais consenso como ponto de partida para o aparecimento destes comportamentos?

As distorções cognitivas justificam uma grande parte dos comportamentos de agressão sexual. Mas, por si só, terão uma influência relativa. Temos de entender os agressores sexuais como tendo certo tipo de interesses sexuais atípicos (ativação sexual por estímulos sexuais coercivos ou por crianças, por exemplo) e que para isso contribui um certo percurso desenvolvimental. Nesta questão sugeria-lhe também a leitura do capítulo do livro que o Dr. Mauro Paulino sugeriu num *e-mail* anterior [*in casu* **PAULINO, MAURO e ALHO, LAURA (2018)**. *Comportamento Criminal e Avaliação Forense*. Pactor].

4. É possível afirmar um tipo de personalidade ou um conjunto de características associados a este tipo de criminosos, de forma mais ou menos pacífica?

Um tipo de personalidade específica, não me parece existir. Existem é percursos desenvolvimentais que poderão promover esse comportamento. Ou seja, o ser humano desenvolve-se de uma forma típica em relação à sexualidade (chamemos-lhe “normativa”), mas em alguns sujeitos esses interesses sexuais desviam-se dessa tipicidade e tornam-se desviantes. Mas há muitos processos envolvidos nesse processo desviante.

**A tutela do interesse da vítima no processo penal
por crime de violência doméstica**

Ana Rita da Silva Fernandes de Freitas

Sob a orientação da
Professora Doutora Maria Elisabete da Costa Ferreira

Agradecimentos

À minha família, que vem sempre em primeiro lugar. A ela devo, em grande parte, o sucesso do meu percurso académico e a pessoa em que me tornei. Sem vocês do meu lado, o futuro também não será possível.

À minha orientadora, a Professora Doutora Maria Elisabete Ferreira. Agradeço toda a preocupação, disponibilidade e compreensão demonstradas. Obrigada por se ter mantido paciente sem deixar de acreditar.

Aos meus amigos, especialmente à Catarina Nobre, que me acompanha desde que tenho memória. Obrigada por celebrarem as minhas vitórias e apoiarem os meus fracassos como se dos vossos se tratasse. A minha vida é mais feliz convosco.

Às minhas colegas de faculdade e de estágio, com quem partilhei momentos difíceis desta etapa. Obrigada pela entreaajuda e pela união neste barco que todas navegamos.

À minha primeira casa, Coimbra. Que me ensinou mais do que poderia imaginar e aonde vou sempre regressar, com os amigos que levo para a vida, para recordar um tempo que não volta mais.

Finalmente, à Católica, instituição que tem sido, indubitavelmente, um contributo fundamental para a minha formação académica e pessoal, e que me preparou para a elaboração e posterior defesa da dissertação que aqui apresento.

Resumo

A presente dissertação visa elaborar uma análise teórico-prática, tanto quanto possível crítica, do crime de violência doméstica tipificado no artigo 152.º do Código Penal Português e, no âmbito do mesmo, dos meios ao dispor da vítima no decurso do processo criminal e das intervenções legislativas que se afiguram necessárias para garantir uma maior proteção da vítima e uma efetiva punição do agressor. Assim, começamos por fazer o enquadramento legal deste fenómeno, seguindo-se uma abordagem histórica do tipo legal e das alterações da lei processual penal relevantes nesta matéria e as questões que têm sido alvo de controvérsia na doutrina e na jurisprudência a respeito daquele. Num segundo momento, discorremos sobre os diplomas legais que consideramos mais pertinentes, face à perspetiva adotada na presente dissertação, e que servirão de base àquilo que pretendemos sustentar. Terminamos com o levantamento de algumas questões processuais às quais pretendemos dar resposta, através das soluções propostas que essencialmente recaem sobre mecanismos de prevenção e alterações processuais com vista à repressão criminal. Julgamos ser também imperativa a mudança do modelo social conservador que ainda rege a nossa comunidade e que está na origem da violência, mediante o reforço da educação e instrução das próximas gerações no sentido do respeito pelos direitos fundamentais de cada pessoa.

Palavras-chave: Violência; violência doméstica; género; vítima; prevenção; depoimento; meios de controlo à distância; arguido.

Abstract

The present dissertation aims to elaborate a critical analysis of the crime of domestic violence typified in article 152 of the Portuguese Criminal Code, the means at victims' disposal in the course of the criminal procedure, and the legislative interventions necessary to ensure greater protection of the victim and an effective punishment of the aggressor. Thus, we will begin by addressing the legal framework of this phenomenon, followed by a historical approach of the legal type, the relevant criminal procedural law changes in this matter, and the issues that have been the subject of controversy in the doctrine and jurisprudence in this regard. In a second moment, we will discuss the legal diplomas considered most relevant in view of the perspective adopted in this dissertation, which will also serve as a basis for what we intend to sustain. We will conclude with some procedural issues to which we intend to respond through the proposed solutions, which essentially fall under preventive mechanisms and procedural changes with a view to criminal repression.

We believe that it is also imperative to change the conservative social model that still governs our community, and is at the root of violence, by strengthening the education and instruction of the next generations towards respect for the fundamental rights of each person.

Keywords: Violence; domestic violence; gender; victim; prevention; testimony; means of remote control; defendant.

Lista de acrónimos, siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
Als.	Alíneas
APAV	Associação Portuguesa de Apoio à Vítima
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CI	Convenção de Istambul
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
MP	Ministério Público
N.º	Número
N.ºs	Números
OPC	Órgãos de Polícia Criminal
P.	Página
Pp.	Páginas
Proc.	Processo
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto

Índice

Introdução	6
1. O crime de violência doméstica	8
1.1. Conceito de violência doméstica	8
1.2. Um problema de género? Ou de sociedade?	9
1.3. Evolução legislativa do tipo legal e alterações da lei processual penal relevantes	12
1.4. Bem jurídico protegido	15
1.5. (In)Exigibilidade de reiteração ou intensidade da conduta e de intenção especial do agente	16
1.6. Concurso aparente de normas: relação de especialidade e relação de subsidiariedade	17
2. A tutela da vítima de violência doméstica	21
2.1. Importantes instrumentos nacionais e internacionais	21
3. Questões processuais à luz do direito português	23
3.1. Da prevenção do fenómeno de violência doméstica: as medidas de interdição e de restrição ou proteção – artigos 52.º e 53.º da Convenção de Istambul	23
3.2. Recusa da vítima em prestar depoimento (artigo 134.º do Código de Processo Penal)	28
3.3. Meios de controlo à distância: consentimento do arguido?	31
Conclusão	32
Bibliografia	36

Introdução

Em jeito de nota prévia às considerações introdutórias que de seguida tecerei, cabe referir que o interesse pela problemática da violência doméstica, que culminou na elaboração da presente dissertação, ficou a dever-se, em grande medida, ao Seminário “Violência doméstica” lecionado pela Professora Doutora Maria Elisabete Ferreira que frequentei no 1.º semestre da parte letiva do Mestrado. As temáticas apresentadas, algumas das quais serão aqui objeto de análise, em conjugação com a abordagem adotada pela Professora, reforçaram o alarme que me consciencializou para os problemas normativos, sociais e psicológicos associados ao flagelo da violência doméstica, mas particularmente para a forma como têm sido solucionados nos nossos tribunais.

A par disto, a experiência, pese embora reduzida, de voluntariado na Associação Portuguesa de Apoio à Vítima (APAV)¹, levou-me à confrontação com a dura realidade que até então só havia aprendido nos livros: o problema existe, as vítimas são reais, as falhas no nosso sistema também e os números aterradores.

De facto, de acordo com os dados estatísticos divulgados pelo mais recente relatório da APAV relativo a vítimas de violência doméstica², entre 2013 e 2017, esta instituição registou um total de 36 528 processos de apoio a vítimas de violência doméstica, que se traduziram em 87 730 factos criminosos. Apurou-se que o número de autores de crime contabilizado ultrapassou o número de vítimas (36 528), ascendendo aos 37 396, sendo que o autor do crime é do sexo masculino em mais de 85% das situações. A par disto, os crimes de violência doméstica são, em aproximadamente 65% das situações, perpetrados na residência comum e a vitimização continuada representa cerca de 80% das situações, com uma duração média entre os 2 e os 6 anos (15,1%).

Em 2018, os crimes contra as pessoas representaram 96% do total de crimes e outras formas de violência registados pela APAV, correspondendo os crimes de violência doméstica a 77,5% daquele valor (5964)³.

Através destes lamentáveis números, compreendemos que a violência doméstica é predominantemente exercida pelos homens sobre as mulheres e, desta feita, após a definição do conceito de violência doméstica⁴, propomo-nos refletir sobre se esta facticidade configura ou não um problema de género⁵, pois apenas sabendo o que está na origem do problema seremos capazes de enveredar pelo melhor caminho para o solucionar.

Posteriormente, discorreremos sobre a evolução do tipo legal e das alterações da lei processual penal relevantes nesta matéria⁶, bem como as questões que têm sido alvo de controvérsia na doutrina e na jurisprudência a respeito daquele, designadamente no que toca ao bem jurídico protegido pela incriminação legal⁷, às pretensas exigências de que as condutas sejam reiteradas ou intensas/graves e praticadas com uma especial intenção

¹ A APAV é uma organização sem fins lucrativos e de voluntariado que apoia as vítimas de crime através da prestação de serviços qualificados, gratuitos e confidenciais.

² APAV, 2018.

³ APAV, 2019.

⁴ No Subcapítulo 1.1.

⁵ No Subcapítulo 1.2.

⁶ No Subcapítulo 1.3.

⁷ No Subcapítulo 1.4.

do agente⁸ e, ainda, às relações de concurso aparente que se verificam entre a norma prevista no art. 152.º do CP e outras normas tipificadoras de certos crimes⁹.

Ademais, tratando-se de um crime cometido sobretudo a “portas fechadas”, que torna toda a situação muito mais complexa e problemática, cabe atentar e questionar a forma como o nosso ordenamento jurídico atua em ordem a salvaguardar a vítima e os seus interesses, evitando que a mesma fique “presa” na situação de violência. A permanência da vítima nesse contexto de opressão, muitas vezes incompreendida e até censurada, acontece por razões de diversa índole, nomeadamente o medo, a esperança na mudança do agressor, a falta de apoio de pessoas próximas, o receio do estigma e do preconceito sociais, a falta de confiança na justiça, entre outras. O problema agrava-se quando existem filhos envolvidos, que padecem tanto quanto as vítimas diretamente visadas pelos agentes, principalmente quando aquelas não têm capacidade para fazer face às necessidades básicas de subsistência (habitação, alimentação, educação, etc.), autonomizando-se destes.

Posto isto, acreditamos que, nos dias de hoje, a solução já não se situa tanto no plano da repressão criminal, para a qual dispomos de variados diplomas legais, nacionais e internacionais¹⁰ que respondem às suas exigências, residindo, ao invés, em momento anterior ao início do procedimento criminal, através da prevenção deste tipo de violência. Analisaremos, assim, se Portugal dispõe de verdadeiras e efetivas medidas preventivas, e o que ainda se afigura possível alcançar nesse sentido¹¹.

Finalmente, no âmbito do processo penal, que acaba por ter lugar quando o MP adquire a notícia do crime, abordaremos duas questões processuais que se prendem com a recusa da vítima em prestar depoimento e com o consentimento do arguido para a fiscalização do cumprimento das mais diversas medidas impostas ao mesmo através de meios de controlo à distância¹². Estes dois subcapítulos, como constataremos adiante, são a expressão de que a presente dissertação, apesar de centralizada na pessoa da vítima de violência doméstica – que é quem carece de tutela –, não se alimenta de extremismos, pois reconhece direitos e deveres ao arguido, mas igualmente os assume em relação à vítima, enquanto elemento fundamental para a descoberta da verdade.

Por fim, gostaríamos de referir que pugnamos por pautar a presente dissertação pela concisão, clareza e objetividade, focando-nos no essencial, tendo em conta que o modelo a seguir não permite uma exposição muito extensiva e descritiva da matéria a desenvolver, mas também porque cremos ser a melhor forma de transmitirmos as nossas ideias e fazermos valer as posições que defendemos.

⁸ No Subcapítulo 1.5.

⁹ No Subcapítulo 1.6.

¹⁰ Que serão também objeto de estudo desta dissertação no Capítulo 2.

¹¹ No Subcapítulo 3.1.

¹² No Subcapítulo 3.2. e no Subcapítulo 3.3., respetivamente.

1. O crime de violência doméstica

1.1. Conceito de violência doméstica

“A palavra violência provém do latim *violentia*, que significa ‘abuso de força’. Para os antigos gregos, a violência é *hybris*, ou seja, abuso de poder, profanação da Natureza, bem como transgressão das leis sagradas”¹³.

Conforme é – ou deveria ser – consabido, a violência não se reduz apenas ao abuso de força física, podendo traduzir-se também em ofensas psicológicas, as quais têm, não raras vezes, um efeito muitíssimo mais devastador que os maus-tratos físicos. Além disso, a violência pode manifestar-se nos mais variados contextos sociais, dirigindo-se esta dissertação à abordagem da praticada no seio familiar, parafamiliar e doméstico, e que pode configurar um crime de violência doméstica, previsto e punido no nosso ordenamento jurídico pelo art. 152.º do CP¹⁴, cuja letra se transcreve infra:

“Artigo 152.º

Violência doméstica

1 – Quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais:

a) Ao cônjuge ou ex-cônjuge;

b) A pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação;

c) A progenitor de descendente comum em 1.º grau; ou

d) A pessoa particularmente indefesa, nomeadamente em razão da idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica, que com ele coabite;

e) é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

2 – No caso previsto no número anterior, se o agente:

a) Praticar o facto contra menor, na presença de menor, no domicílio comum ou no domicílio da vítima; ou

b) Difundir através da Internet ou de outros meios de difusão pública generalizada, dados pessoais, designadamente imagem ou som, relativos à intimidade da vida privada de uma das vítimas sem o seu consentimento;

c) é punido com pena de prisão de dois a cinco anos.

3 – Se dos factos previstos no n.º 1 resultar:

a) Ofensa à integridade física grave, o agente é punido com pena de prisão de dois a oito anos;

b) A morte, o agente é punido com pena de prisão de três a dez anos.

4 – Nos casos previstos nos números anteriores, podem ser aplicadas ao arguido as penas acessórias de proibição de contacto com a vítima e de

¹³ Infopédia, 2003-2019.

¹⁴ Abordaremos de seguida a evolução deste tipo legal.

proibição de uso e porte de armas, pelo período de seis meses a cinco anos, e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência doméstica.

5 – A pena acessória de proibição de contacto com a vítima deve incluir o afastamento da residência ou do local de trabalho desta e o seu cumprimento deve ser fiscalizado por meios técnicos de controlo à distância.

6 – Quem for condenado por crime previsto neste artigo 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 um a dez anos.”

Da leitura do suprarreferido tipo legal, extraímos que existem várias espécies de violência doméstica, designadamente violência entre cônjuges, entre ex-cônjuges, entre quem mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação, violência contra pessoa particularmente indefesa (crianças, idosos, entre outras) e ainda contra progenitor de descendente comum em 1.º grau¹⁵.

Não obstante a maioria das condutas criminosas se materializar em ações, como é o caso das agressões físicas e verbais, também as omissões se podem subsumir ao crime de violência doméstica, se pensarmos, por exemplo, na “não prestação dos cuidados necessários de que a vítima carece e que leva à verificação do *resultado típico*: infligir maus tratos” (Ac. do TRP de 12-10-2016, Proc. n.º 2255/15.7T9PRT.P1). É possível também fazer-se a distinção entre crime de resultado (maus-tratos físicos) ou de mera conduta (humilhações, insultos), sendo ainda valorada a mera colocação em perigo de lesão do bem jurídico¹⁶ em causa. Na verdade, para Nuno Brandão, estamos perante um crime de perigo abstrato, sendo “o perigo para a saúde do objecto de acção alvo da conduta agressora que constitui motivo de criminalização”¹⁷, pois pretende-se tutelar antecipadamente o bem jurídico protegido, bastando, assim, a prática de atos que em abstrato possam provocar danos na vítima.

Importa ainda mencionar que as condutas que consubstanciam este tipo legal de crime são dolosas, intencionais, bastando-se com “o designado dolo genérico, ou seja, o conhecimento e vontade de realização do tipo objectivo” (Ac. do TRG de 04-12-2017, Proc. n.º 214/16.1PBGMR.G1).

1.2. Um problema de género? Ou de sociedade?

Para Freud, “o Homem é violento por natureza. Ele é fundamentalmente agressivo e até cruel. Para René Girard, pelo contrário, a violência no Homem não é instintiva, mas

¹⁵ A presente exposição, apesar de oferecer uma abordagem global, tende a focar-se mais na designada violência conjugal.

¹⁶ Que constituirá o objeto de análise do Subcapítulo 1.4.

¹⁷ Brandão, 2010, p. 17.

intersubjetiva e social, onde a sociedade a pode manter e até justificá-la”¹⁸. Concordamos com René Girard quando afirma que a violência não é um padrão de comportamento característico ou inerente ao Homem, mas sim fruto da sociedade onde este se insere, que a pode potenciar, legitimar e até mesmo justificar.

Assim, e mais concretamente no âmbito da violência doméstica, impõe-se a seguinte questão: que tipo de sociedade temos atualmente? Uma sociedade machista? Ou tão-somente deseducada? Vejamos.

Nos ensinamentos de Teresa Magalhães,

[a] expressão “violência de género” refere-se à violência perpetrada contra a mulher como resultado das questões de género que derivam da assimetria histórica das relações de poder entre homens e mulheres, fonte de importantes desigualdades sociais face às quais os homens exercem o seu poder através da violência, muitas vezes ainda de forma socialmente legitimada. Corresponde, assim, à violência cometida pelos homens sobre as mulheres. Esta forma de violência persiste actualmente em todas as sociedades, apresentando características similares, mesmo em países com diferentes características socioculturais e geográficas. Trata-se, pois, de um fenómeno universal e transversal à maior parte dos estratos sociais, géneros e grupos etários, e verifica-se, sobretudo, no contexto intrafamiliar, ou seja, no âmbito da violência doméstica (Magalhães, 2010, p. 27).

Assim, torna-se mais fácil compreender que a violência de género nada tem que ver com o sexo da pessoa, derivando, ao invés, dos papéis socialmente – e erradamente – atribuídos a mulheres e homens na comunidade e das relações sociais que, em consequência, se estabelecem.

Nesta senda, a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, adotada em Istambul a 11 de maio de 2011, comumente conhecida por Convenção de Istambul¹⁹, prevê um leque de normas juridicamente vinculativas dos Estados signatários em matéria de prevenção e combate à violência contra as mulheres e violência doméstica na Europa. O documento “reconhece que mulheres e raparigas estão muitas vezes expostas a formas graves de violência, tais como a violência doméstica, o assédio sexual, a violação, o casamento forçado, os chamados ‘crimes de honra’ e a mutilação genital, os quais constituem uma violação grave dos direitos humanos das mulheres e das raparigas e um obstáculo importante à realização da igualdade entre mulheres e homens” (parágrafo 11 do Preâmbulo). De resto, da conjugação do art.º 1, n.º 1, als. a) e b), do mesmo diploma, com os parágrafos 9 e 10 do Preâmbulo, parece resultar claro que a CI se propõe combater a violência de género, designadamente contra as mulheres, bem como a situação de desigualdade de poder entre as mulheres e os homens.

¹⁸ Infopédia, 2003-2019.

¹⁹ Aprovada e transposta para a legislação portuguesa através da Resolução da Assembleia da República n.º 4/2013, com entrada em vigor em 1 de agosto de 2014.

Efetivamente, a violência é maioritariamente levada a cabo por homens contra mulheres, conforme apontam os dados estatísticos²⁰, devido ao modelo patriarcal ainda vigente. Contudo, o oposto também acontece, embora os números não correspondam à realidade quando a vítima é o cônjuge marido; por isso, também neste âmbito reconhecemos a necessidade de adoção de estratégias de intervenção, tendo em linha de conta os preconceitos sociais associados à denúncia deste crime quando o ofendido é o homem. Ora, se virmos bem, são esses mesmos preconceitos que obstam à denúncia por parte do cônjuge marido (receio de ser alvo de chacota e de ser posta em causa a sua masculinidade, por exemplo) que estão na base da violência praticada contra as mulheres, tratando-se, portanto, de um ciclo vicioso que só chegará a um fim quando a mentalidade da sociedade mudar. Tal leva-nos a concluir que o espírito da comunidade é o maior perigo, pois por um lado está na génese da violência, e por outro impede que esta finde.

Assim, consideramos que, mais do que um problema de género, estamos perante um problema social. Nesse sentido, acompanhamos o entendimento de Maria Elisabete Ferreira quando afirma que a “violência entre cônjuges é um fenómeno de grande complexidade, pelo que reduzi-lo a uma simples questão de género parece-nos uma solução excessivamente simples para um problema que apresenta tantas cambiantes”; a autora refere-se ao facto de que nem sempre o comportamento violento do cônjuge marido é “exclusivamente motivado por concepções de supra/infra ordenação, de dominação masculina e submissão feminina” e de que a mulher também pode agredir, “não provocada por qualquer via e sem o escopo da reacção ou da defesa perante uma atitude violenta do seu cônjuge”²¹.

Não obstante, sabemos que o ponto de viragem deste flagelo teve lugar apenas no século passado, a partir do qual se começou a reconhecer a individualidade da mulher, e que as mudanças não foram imediatas. Assim, apesar de atualmente dotados de inúmeros instrumentos nacionais e internacionais criados para combater esta problemática, é imperativo continuar o caminho de mudança de valores e de paradigmas, educando as próximas gerações nesse sentido, pois “a mudança de mentalidades faz-se de forma lenta, não acompanhando, muitas vezes, as mudanças legislativas”²².

E a mudança deve começar nos tribunais, os quais administram a justiça em nome do povo, sob pena de este perder a confiança no nosso sistema legal. É, por isso, inadmissível que em pleno século XXI faça parte da fundamentação de uma decisão judicial uma referência à Bíblia para sustentar a considerável diminuição de gravidade do crime de violência doméstica pelo facto de ter sido praticado no seguimento do adultério cometido pela mulher vítima, considerando o juiz desembargador que se trata de um “gravíssimo atentado à honra e dignidade do homem. Sociedades existem em que a mulher adúltera é alvo de lapidação até à morte. Na Bíblia, podemos ler que a mulher adúltera deve ser punida com a morte. Ainda não foi há muito tempo que a lei penal (Código Penal de 1886, artigo 372.0) punia com uma pena pouco mais que simbólica o homem que, achando sua mulher em adultério, nesse acto a matasse. Com estas referências pretende-

²⁰ Aos quais fazemos referência na Introdução.

²¹ Ferreira, 2005, pp. 53 e 54.

²² Magalhães, 2010, p. 35.

-se, apenas, acentuar que o adultério da mulher é uma conduta que a sociedade sempre condenou e condena fortemente (e são as mulheres honestas as primeiras a estigmatizar as adúlteras) e por isso vê com alguma compreensão a violência exercida pelo homem traído, vexado e humilhado pela mulher. Foi a deslealdade e a imoralidade sexual da assistente que fez o arguido X cair em profunda depressão e foi nesse estado depressivo e toldado pela revolta que praticou o acto de agressão” (Ac. do TRP de 11-10-2017, Proc. n.º 355/15.2 GAFLG.P1).

Posto isto, resta-nos pugnar pelo seguinte: cabe-nos também a nós – pais, família, professores, educadores, instituições sociais, média – assegurar que esta mudança de pensamento ocorre, educando as próximas gerações para os mais basilares princípios da vivência em sociedade que devem pautar a nossa conduta individual, designadamente o respeito, a igualdade e a dignidade, e fornecendo todas as condições necessárias para que tal crescimento e aprendizagem tenha lugar no melhor contexto familiar e social possível. A educação é o (único) caminho!

1.3. Evolução legislativa do tipo legal e alterações da lei processual penal relevantes

Em Portugal, a previsão e a punição deste crime foram consagradas pela primeira vez no CP de 1982, sob a designação “Maus-tratos ou sobrecarga de menores e de subordinados ou entre cônjuges”²³. Configurava um crime público, e para o preenchimento deste tipo legal era necessário que o agente praticasse os factos com um dolo específico, um *animus* violento: não bastava que o agressor infligisse à vítima maus-tratos físicos, a tratasse cruelmente ou não lhe prestasse os cuidados ou assistência à saúde que os deveres decorrentes das suas funções lhe impunham, mas afigurava-se ainda imprescindível que a conduta assentasse em “malvadez” ou “egoísmo”.

O CPP de 1987 (aprovado pelo DL n.º 78/87, de 17 de fevereiro) previa medidas de coação; porém, estas não podiam dar resposta às necessidades que se faziam sentir para o crime de maus-tratos, dado que as proibições de permanência em certo lugar ou de ausência para certo lugar e de contactos com determinadas pessoas, então previstas no art. 200.º daquele diploma, só eram aplicáveis a crimes puníveis com pena de prisão de máximo superior a três anos.

Em 1991, a Lei n.º 61/91, de 13 de agosto, tendo “como objecto o reforço dos mecanismos de protecção legal devida às mulheres vítimas de crimes de violência” (art. 1.º), introduziu, pela primeira vez, a possibilidade de afastamento do agressor da residência familiar, podendo esta medida de coação ser cumulada com a obrigação de prestar caução, quando houver perigo de continuação da atividade criminosa (art. 16.º, n.º 1).

A Reforma de 1995 (operada pelo DL n.º 48/95, de 15 de março) eliminou do CP a referência às expressões “malvadez” e “egoísmo” no tipo legal, tendo sido elevada a mol-

²³ Regia então o art. 153.º do CP do DL n.º 400/82, de 23 de setembro: “1 – O pai, mãe ou tutor de menor de 16 anos ou todo aquele que o tenha a seu cuidado ou à sua guarda ou a quem caiba a responsabilidade da sua direcção ou educação será punido com prisão de 6 meses a 3 anos e multa até 100 dias quando, devido a malvadez ou egoísmo: a) Lhe infligir maus tratos físicos, o tratar cruelmente ou não lhe prestar os cuidados ou assistência à saúde que os deveres decorrentes das suas funções lhe impõem [...]. 3 – Da mesma forma será ainda punido quem infligir ao seu cônjuge o tratamento descrito na alínea a) do n.º 1 deste artigo”.

dura penal para um a cinco anos de prisão. O procedimento criminal passou a depender de queixa (natureza semipública) e as pessoas equiparadas aos cônjuges a fazer parte do elenco de sujeitos passivos dos crimes. Por outro lado, o legislador previu também os maus-tratos psicológicos/psíquicos. Em 1998, a Lei n.º 65/98, de 02 de setembro (art. 152.º, n.º 2), conferiu legitimidade ao Ministério Público para iniciar o procedimento criminal sempre e desde que considerasse que o interesse da vítima o impunha, condicionado à não oposição do ofendido até à dedução de acusação.

A Lei n.º 7/2000, de 27 de maio, consagrou a natureza pública do crime de maus-tratos, representando um marco importante na quebra da ideia de inviolabilidade da vida familiar²⁴ e no reconhecimento de que a violência doméstica não é socialmente permitida e que, por isso, a par da proteção das vítimas, há que proteger o interesse público na manutenção da paz social e familiar. Além disto, alargou a qualidade de sujeito passivo do crime a progenitor de descendente comum em 1.º grau (art. 152.º, n.º 3). Criou ainda a figura da suspensão provisória do processo a pedido da vítima e a possibilidade de ser aplicada ao arguido pena acessória de proibição de contacto com a vítima, incluindo a de afastamento da residência da mesma, por um período máximo de 2 anos (art. 152.º, n.º 6).

Com a entrada em vigor da Lei n.º 59/2007, de 04 de setembro, foi alterada a epígrafe do preceito para “Violência Doméstica”, passando a prever apenas os maus-tratos no âmbito familiar e doméstico, acrescentando ao elenco de vítimas as pessoas do mesmo sexo que vivam em condições análogas à dos cônjuges, e ainda as pessoas particularmente indefesas, em razão da idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica, que coabitem com o agente (art. 152.º, n.º 1, als. b) e d)). No que diz respeito à descrição da conduta punível, Maria Elisabete Ferreira²⁵ esclarece que o legislador penal não consagrou a referência à criminalização, em alternativa, dos maus-tratos reiterados ou intensos, que constava da Proposta de Lei n.º 109/X e que esteve na base da reforma do CP em 2007, dando resposta às dúvidas existentes quanto à exigência ou não de reiteração ou intensidade das condutas para que as mesmas consubstanciem o tipo legal em causa. A proibição de contacto com a vítima passou a poder incluir o afastamento do agressor do local de trabalho daquela, havendo também a possibilidade de aplicação ao arguido das penas acessórias de proibição de uso e porte de armas, pelo período de 6 meses a 5 anos, e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência doméstica (art. 152.º, n.ºs 4 e 5). Além do mais, o cumprimento da pena acessória de proibição de contacto passa a poder ser fiscalizado por meios técnicos de controlo à distância (art. 152.º, n.º 5).

Nesta altura, a prisão preventiva não era ainda aplicável ao crime de violência doméstica, conforme previa o então art. 202.º do CPP de 2007 (Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto). Em 2010, uma alteração ao CPP (aprovada pela Lei n.º 26/2010, de 30 de agosto) alargou o conceito de criminalidade violenta, estatuído no ora art. 1.º, al. j), no

²⁴ Ferreira, 2005.

²⁵ Ferreira, 2016.

qual passou a incluir-se a violência doméstica. A prisão preventiva é desde essa data possível em casos de violência doméstica.

Com a Lei n.º 19/2013, de 21 de fevereiro (art. 152.º, n.º 5), a pena acessória de proibição de contacto com a vítima passa de poder a dever incluir o afastamento da residência ou do local de trabalho da mesma, o mesmo sucedendo no que diz respeito ao cumprimento desta pena acessória, que “deve” ser fiscalizado por meios técnicos de controlo à distância²⁶, por forma a evitar a revitimização.

De extrema importância se revela, agora, a consagração da possibilidade de o agente condenado pelo crime de violência doméstica, “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 um a dez anos” (n.º 6 do art. 152.º do CP).

Finalmente, com a Lei n.º 44/2018, de 09 de agosto, o legislador pretendeu reforçar a proteção jurídico-penal da intimidade da vida privada nos meios de difusão pública, máxime na internet, tendo disposto o n.º 2 do art. 152.º do CP em duas alíneas e plasmado a novidade legislativa na al. b), estabelecendo que, se o agente da prática de um crime de violência doméstica “Difundir através da Internet ou de outros meios de difusão pública generalizada, dados pessoais, designadamente imagem ou som, relativos à intimidade da vida privada de uma das vítimas sem o seu consentimento”, é punido com pena de prisão de dois a cinco anos (agravação). Compreende-se o alcance desta alteração, também no âmbito deste tipo legal²⁷, porquanto é provável que o agente tenha uma maior facilidade de acesso à intimidade da vida privada da vítima, dada a relação de proximidade (presente ou passada), bem como uma propensão para, a par do crime propriamente dito, cometer o que nada mais é do que outro ato de violência, devassando a vida privada da vítima. Ademais, tendo em conta o efeito ampliador da Internet, o grau de danosidade social que pode advir dessa exposição indesejada é elevado, sem esquecer que a vítima acaba por sair lesada em dois bens jurídicos diferentes (o protegido pela incriminação em si mesma considerada e o que resulta da divulgação de dados relativos à vida privada da vítima, nomeadamente a reserva da intimidade da vida privada e familiar, constitucionalmente consagrado no n.º 1 do art. 26.º da CRP).

Veja-se, a propósito das agravações, o alerta de Maria Teresa Féria de Almeida para o facto de a CI estabelecer “um muito mais amplo e alargado conjunto das circunstâncias modificativas agravantes do que as atualmente previstas, pelo que, quanto a essa matéria, haverá que proceder a um ajustamento da lei ordinária aos ditames da Convenção”, passando a prever “um agravamento da pena quando, nomeadamente, a conduta for levada à prática por mais do que uma pessoa, for repetidamente cometida ou ainda precedida ou acompanhada de violência de extrema gravidade”²⁸ [art. 46.º da CI].

²⁶ No entanto, como veremos posteriormente, a fiscalização do cumprimento das penas acessórias através de meios técnicos de controlo à distância não tem aplicação automática, isto é, não funciona *ope legis*.

²⁷ Houve também alteração ao art. 197.º do CP.

²⁸ Almeida, 2016, p. 207.

1.4. Bem jurídico protegido

De acordo com o entendimento de Taipa de Carvalho,

o bem jurídico directamente protegido por este tipo de crime é a saúde – bem jurídico complexo que abrange a saúde física, psíquica e mental. E bem jurídico este que pode ser afectado por toda uma multiplicidade de comportamentos que impeçam ou dificultem o normal e saudável desenvolvimento da personalidade da criança ou do adolescente, agravem as deficiências deste, afectem a dignidade pessoal do cônjuge (ex-cônjuge, ou pessoa com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação análoga à dos cônjuges), ou prejudiquem o possível bem-estar dos idosos ou doentes que, mesmo que não sejam familiares do agente, com este coabitem (Carvalho, 2012, p. 512).²⁹

A par disto, o mesmo autor defende que a “*ratio* do tipo não está na protecção da comunidade familiar ou conjugal, mas sim na protecção da pessoa individual e da sua dignidade humana”³⁰, sustentando esta posição, desde logo, com base no facto de este crime ser punido quando cometido contra um ex-cônjuge (art. 152.º, n.º 1, al. a), do CP) e contra pessoa “com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação” (art. 152.º, n.º 1, al. b), do CP).

No entanto, entendemos que o legislador quis (também) tutelar as relações familiares e similares (passadas, presentes e futuras³¹), porquanto, sendo natural que das mesmas resultem laços afetivos mais fortes do que os criados com pessoas fora daquele círculo, torna-se evidente que as condutas devam ser valoradas de forma diferente, uma vez que a danosidade social a elas associada é forçosamente maior, razão pela qual são punidas no âmbito do tipo legal do art. 152.º do CP mais gravemente do que noutras situações (como é o caso da ofensa à integridade física simples, prevista no artigo 143.º do CP).

O legislador quis punir estas condutas, porque praticadas no âmbito de uma relação especial existente entre a vítima e o agente – familiar, de coabitação, de proximidade –, autonomizando-as das condutas que já assumem dignidade penal e que encontram previsão noutros tipos legais independentemente da qualidade particular do agente, sendo merecedores de particular censura, uma vez que “colocam em causa não só a simples saúde individual da vítima, mas também a pacífica convivência familiar e doméstica”³² (e parafamiliar³³), um dos pilares em que assenta a nossa sociedade e que o legislador quis preservar.

²⁹ Também a jurisprudência perfilha este entendimento; veja-se, a título de exemplo, o Ac. do TRP de 10-07-2013, Proc. n.º 413/11.2GBAMT.P1.

³⁰ Carvalho, 2012, pp. 511 e 512.

³¹ Atente-se à agravção estatuída no art. 152.º, n.º 2, al. a), do CP, caso o facto seja praticado no domicílio comum, e, ainda, à pena acessória de proibição de contacto com a vítima prevista no n.º 4 do mesmo preceito, que inclui o “afastamento da residência ou do local de trabalho desta” (n.º 5).

³² Ferreira, 2016, p. 180.

³³ Não obstante a epígrafe do art. 152.º do CP.

Neste sentido, a nosso ver, o bem jurídico contende não só com a saúde – em todas as suas vertentes – da vítima, mas também com o núcleo dos vínculos estabelecidos entre agente e vítima, ainda que de forma secundária ou reflexa. Assim, em conformidade com o defendido por Maria Elisabete Ferreira, sustentamos que o bem jurídico protegido pela incriminação do art. 152.º do CP tutela, por um lado, a saúde física, psíquica e mental da vítima assente no princípio da dignidade humana e, por outro, a pacífica convivência familiar, parafamiliar e doméstica, entendimento que se coaduna também com a natureza pública no crime.

No limite, concordamos com a tese plasmada no Ac. do TRL de 19-04-2017, segundo o qual o crime de violência doméstica, “na sua vertente de ofensas dirigidas ao cônjuge, é um crime que visa as [sic] prevenir as frequentes formas de violência no âmbito da família, tendo em conta a gravidade individual e social destes comportamentos e a consciencialização da sua inadequação, gravidade e perniciosidade” (Proc. n.º 612/15.8PBSNT.L1). O facto de aí se reconhecer que a *ratio* da norma reside na proteção da pessoa individual e da sua dignidade humana, enquanto membro de um determinado agregado familiar, é suficientemente revelador do reconhecimento do desígnio de proteção da pacífica convivência familiar.

1.5. (In)Exigibilidade de reiteração ou intensidade da conduta e de intenção especial do agente

Aqui chegados, cabe fazer uma breve referência à velha controvérsia de saber se, para o preenchimento do tipo objetivo do crime de violência doméstica, a conduta criminosa tem ou não de ser reiterada, ou se é exigível uma especial intensidade da conduta (quando se trate de um comportamento isolado); e ainda se é necessária a verificação de uma especial intenção do agente, além do dolo genérico, enquanto requisito constitutivo do tipo subjetivo. Estas questões já não deveriam ser alvo de discussão, pois a atual redação do normativo não deixa margem para dúvidas – “de modo reiterado ou não” (art. 152.º, n.º 1, do CP) –, assim como não deixou a redação que resultou da reforma do CP em 1995 – que eliminou a referência às expressões “malvadez” e “egoísmo” no tipo legal –, e tampouco a redação que resultou da revisão em 2007 – que não consagrou a referência à criminalização, em alternativa, dos maus-tratos reiterados ou intensos. Ainda assim, os tribunais insistem em interpretações muito pouco compatíveis com a letra da lei, exigindo requisitos que o legislador deliberada e conscientemente não previu, pelo que se impõe este apontamento.

A reiteração ou a intensidade deixaram, então, de ser considerados pressupostos da conduta típica, em virtude das críticas à potenciação da fragmentariedade³⁴ da incriminação, porquanto a integração ou não de certas condutas no crime de violência doméstica passaria a estar dependente do juízo do julgador acerca do preenchimento ou não daqueles requisitos no caso concreto, que aplicaria o direito consoante a sua inter-

³⁴ Ferreira, 2016.

pretação da norma, do seu sentido e alcance³⁵, culminando na violação dos princípios de segurança jurídica e igualdade de tratamento.

Assim, o “crime de violência doméstica apenas exige que alguém, de modo reiterado ou não, inflija maus tratos físicos ou psíquicos a cônjuge art. 152 n.º 1 al. a) do CP. Em lado algum se exige que só em situações excepcionais o comportamento violento único, pela gravidade intrínseca do mesmo, preencha o tipo de ilícito” (Ac. do TRC de 29-01-2014, Proc. n.º 1290/12.1PBAVR.C1).

O que importa é que os factos, isolados ou reiterados, coloquem em causa o “bem jurídico pluriofensivo, que protege reflexamente uma especial relação de confiança e/ou de convivência posta em perigo ou efetivamente lesada com a prática da conduta típica”³⁶.

Além disto, os tribunais têm denegado a subsunção das condutas ao crime de violência doméstica por considerarem que o agente não agiu com o propósito ou a intenção especial de exercer domínio sobre a vítima, ou de a diminuir, ferindo-a na sua dignidade; ou seja, não se bastam com o dolo para o preenchimento do tipo subjetivo de ilícito. Veja-se o plasmado no Ac. do TRG de 11-02-2019: “O que releva é saber se a conduta do agente, pelo seu carácter violento ou pela sua configuração global de desrespeito pela pessoa da vítima ou de desejo de prevalência de dominação sobre a mesma é susceptível de se classificar como ‘*maus tratos*’” (Proc. n.º 1128/16.OPBGM.R.G1). A mesma Relação já havia clarificado, noutro acórdão, que existem maus-tratos “quando, em face do comportamento demonstrado, for possível formular o juízo de que o agente manifestou desprezo, desejo de humilhar, ou especial desconsideração pela vítima”³⁷.

Tal como para Maria Elisabete Ferreira, também a nós essas interpretações nos parecem

perigosamente próximas da assunção de que o tipo legal de violência doméstica, para se ter por preenchido, não se compadece com a satisfação dos requisitos gerais do dolo, mas antes, exige a verificação de um elemento intencional acessório ou complementar, próximo daquele a que o tipo legal do artigo 153.º do CP de 1982 fazia referência expressa e que tão criticado foi, à época – a malvadez ou egoísmo (Ferreira, 2017b, p. 13).

1.6. Concurso aparente de normas: relação de especialidade e relação de subsidiariedade

Em consequência do exposto no subcapítulo anterior, condutas que cabem no âmbito do art. 152.º do CP têm vindo a ser sistematicamente punidas por outros tipos legais. Quando o tribunal considera que uma só agressão é insuficiente para consubstanciar um crime de violência doméstica, que a conduta isolada não se reveste de suficiente gravidade ou que o agente não agiu com um dolo específico, muitas vezes o desfecho é a

³⁵ E até da sua visão não normativa acerca deste fenómeno.

³⁶ Ferreira, 2017b, p. 11.

³⁷ Ac. do TRG de 15-10-2012, Proc. n.º 639/08.6GBFLG.G1. No mesmo sentido, veja-se também o Ac. do TRL de 13-11-2018, Proc. n.º 233/17.3GATV.L1-5.

convolação deste tipo legal num crime de ofensas à integridade física ou num crime de injúrias, por exemplo.

Ora, entre o crime de violência doméstica e os crimes de ofensas à integridade física simples ou de injúrias (entre outros), existe uma relação de concurso aparente, devendo o agente ser punido apenas pelo primeiro. Taipa de Carvalho entende que a mais adequada qualificação da relação entre as respetivas normas é a relação de consunção: “a gravidade do ilícito da violência doméstica consome ou absorve o ilícito de ofensas corporais simples, etc.; a tutela do bem jurídico conferida por cada um destes tipos legais também é conferida pelo tipo de violência doméstica”; explica ainda que, “quando procuramos ver se a relação entre normas é de especialidade ou de consunção, o critério ou método a utilizar é o do confronto da globalidade de cada um dos tipos em confronto, e não o confronto entre a globalidade de um dos tipos e uma ‘parte’ do outro tipo legal”³⁸. Não obstante, concordamos com Figueiredo Dias quando afirma que existe uma relação de especialidade entre normas típicas abstratamente aplicáveis a um facto sempre que, do seu confronto, resultar que “um dos tipos legais (*lex specialis*) integra todos os elementos de um outro tipo legal (*lex generalis*) e só dele se distingue porque contém um qualquer elemento adicional, seja relativo à ilicitude ou à culpa”³⁹, não se reduzindo, portanto, à mera absorção do ilícito de ofensas à integridade física simples ou de injúrias.

Assim, entendemos que o *plus* que a norma do art. 152.º do CP acrescenta, e que levará à sua aplicação em detrimento dos tipos legais simples respetivos,

será não apenas a gravidade intrínseca da conduta praticada, e bem assim, o resultado produzido, na perspetiva das consequências para a saúde da vítima, mas também o juízo que, em concreto, se venha a fazer sobre se aquela conduta se traduziu, ou não, na colocação em causa da pacífica convivência familiar ou doméstica (Ferreira, 2016, p. 192).

Posto isto, só se concebe a deslocação da subsunção destas condutas do artigo 152.º do CP para o artigo 143.º do CP (por exemplo) quando a conduta levada a cabo não viole o bem jurídico no seu todo; ou seja, quando apesar de haver lesão na integridade física, o comportamento não seja suficientemente grave ao ponto de perturbar a pacífica convivência familiar, parafamiliar e doméstica, e por isso não justifique a aplicação desta incriminação, com moldura penal reforçada e natureza pública, posição que vai ao encontro do defendido pela autora acima citada. A nosso ver, poucas serão as condutas que não coloquem em causa a pacífica convivência, visto que o núcleo familiar, parafamiliar e doméstico, apesar de (dever) ser sólido, com fortes ligações afetivas, é também muito frágil, facilmente abalado quando os seus membros assumem condutas⁴⁰ perante os outros que são contrárias às naturais neste seio, semeando a desconfiança, a insegurança e o medo da vítima perante o seu agressor.

³⁸ Carvalho, 2012, pp. 527 e 528.

³⁹ Dias, 2007, p. 994.

⁴⁰ Ou apenas uma conduta, que pode nem assumir uma particular gravidade para a saúde da vítima, mas que é suficiente para abalar a pacífica convivência familiar, parafamiliar e doméstica.

Todavia, na prática, não é assim que acontece. Tal como para Maria Elisabete Ferreira, parece-nos que

aquilo que o legislador, ponderada e paulatinamente, foi concedendo ao longo de mais de duas décadas, na densificação de um conceito crescente e reconhecidamente abrangente de violência doméstica, para efeitos da aplicação do artigo 152.º do Código Penal, está a ser ilegitimamente desvirtuado por via de interpretações deste tipo legal como as vertidas no acórdão em crise (Ferreira, 2017b, p. 13).

O acórdão em crise a que alude a supramencionada autora é o Ac. do TRL de 15-01-2013, cujo relator é novamente Neto Moura, no qual surpreendentemente se assevera que o “facto de o arguido ter atingido a assistente, com um murro, no nariz que ficou ‘ligeiramente negro de lado’ e de a ter mordido na mão (sem lesões aparentes) constitui uma simples ofensa à integridade física que está longe de poder considerar-se uma conduta maltratante suscetível de configurar ‘violência doméstica’. É manifesto que essa conduta do arguido, mesmo tendo em conta que a assistente estava com o filho (então com 9 dias de vida) ao colo, não tem a gravidade bastante para se poder afirmar que, com ele, foi aviltada a dignidade pessoal da recorrente e, portanto, que o seu bem-estar físico e emocional foi, intoleravelmente, lesado”⁴¹.

Desde logo percebemos que o julgador se preocupou mais com os resultados do crime do que com o desvalor da conduta, que, de resto, fora completamente desvalorizada e diminuída, sem qualquer atenção pelo circunstancialismo que rodeou a sua prática. Não só reconheceu que as condutas haviam sido levadas a cabo na presença de menor⁴², bem sabendo que configurava uma situação agravante prevista no art. 152.º, n.º 2, al. a), do CP, como optou por desconsiderar totalmente esse facto.

Com aquela fundamentação, o TRL negou provimento ao recurso interposto pela assistente e, em consequência, confirmou a sentença recorrida, que absolveu o arguido da prática do crime de violência doméstica e o condenou pela prática de um crime de ofensa à integridade física simples, na pena de 70 (setenta) dias de multa à taxa diária de € 5 (cinco euros), perfazendo a quantia total de € 350 (trezentos e cinquenta euros) e correspondendo a 46 (quarenta e seis) dias de prisão subsidiária.

É caso para dizer que se fez (in)justiça.

A par da descrita relação de especialidade, o art. 152.º do CP prevê, no seu n.º 1, uma relação de subsidiariedade, quando dispõe que “é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”.

Esta relação, além de permitir, evidentemente, que o agente seja mais seriamente punido quando a sua conduta consubstanciar a prática de um crime mais grave (como por exemplo, o crime de violação), admite que, por exemplo, no caso de ameaçar de forma séria a vítima, o agressor seja punido, não pelo crime de ameaça, mas a título de

⁴¹ Proc. n.º 1354/10.6TDLSB.L1-5.

⁴² Neste caso, porventura contra menor, uma vez que o recém-nascido foi colocado em perigo.

crime de violência doméstica, e, portanto, de forma mais severa⁴³ (embora, como vimos, frequentemente aconteça o contrário).

André Lamas Leite⁴⁴, embora concordando com as razões político-criminais que levaram à previsão desta relação de subsidiariedade, chama a atenção para um problema importante, reconhecendo uma grande desvantagem e pugnado pela reforma da lei, porque critica o facto de a aplicabilidade da mesma, à luz do regime vigente, se fazer acompanhar da inaplicabilidade das penas acessórias do artigo 152.º do CP, sempre que a norma concorrente (que comine pena mais grave) com aquela norma se aplique. Por exemplo, no caso de ofensa à integridade física grave prevista e punida pelo art. 144.º do CP, de sequestro qualificado previsto e punido pelo art. 158.º, n.º 2 do CP ou de violação prevista e punida pelo artigo 164.º do CP, o recurso à regra da subsidiariedade impede a aplicação das penas acessórias, ignorando-se automaticamente o contexto de violência doméstica no qual foi praticado o crime.

Assim, concordamos com aquele autor quando afirma que

de *iure condendo*, propomos que, em hipóteses de funcionamento da subsidiariedade do art. 152.º face a outros tipos legais de crime, as penas acessórias aí prevenidas se continuem a aplicar. Os fundamentos de culpa e de prevenção são os mesmos e as medidas acessórias em questão constituem um instrumento de enorme valia na luta contra a reincidência e na reorganização da vida do ofendido (Leite, 2010, p. 48).

Aliás, conforme enuncia o art. 77.º, n.º 4 do CP, que rege as regras da punição do concurso de crimes, as “penas acessórias e as medidas de segurança são sempre aplicadas ao agente, ainda que previstas por uma só das leis aplicáveis” (embora da não aplicada).

Poderá ainda dizer-se que o trecho “casos previstos nos números anteriores” (n.º 4 do art. 152.º do CP) abrange o caso de caber pena mais grave por força de outra disposição legal (n.º 1 do art. 152.º do CP); no entanto, essa asserção é dúbia, e num crime deste domínio e dimensão não pode haver lugar a incerteza jurídica, sob pena de cair por terra a repressão necessária neste tipo de casos.

Veja-se, em sentido oposto ao que aqui se defende, o Ac. do TRP de 14-06-2017, onde se diz que “A pena acessória prevista no art.º 152, n.º 4 do CP cai com a não procedência da condenação por violência doméstica, daí a sua natureza acessória. Aliás, esta pena acessória, embora possa ser cumulativamente aplicada, não faz muito sentido quando o arguido é condenado numa pena expressiva de prisão, uma vez que a proibição de contactos resulta da natureza da própria pena”⁴⁵. Ora, a aplicação das penas acessórias não é uma obrigação, mas sim uma possibilidade, conforme resulta da própria letra da lei, pelo que a sua necessidade será sempre aferida em função do caso concreto, ficando prejudicada aquela questão.

⁴³ Precisamente pelo facto de aquele tipo legal encontrar assento num bem jurídico diverso (ou mais abrangente) do que o subjacente ao crime de ameaça.

⁴⁴ Leite, 2010.

⁴⁵ Proc. n.º 16/16.5GAAGD.P1.

Logo, torna-se imperativo que o legislador preveja expressamente esta possibilidade de aplicação das penas acessórias consagradas no art. 152.º do CP ao agente do crime de violência doméstica, nos casos em que este venha a ser punido com pena mais grave por força de outra disposição legal.

2. A tutela da vítima de violência doméstica

2.1. Importantes instrumentos nacionais e internacionais

Em Portugal, a violência doméstica foi reconhecida como problema social com a ratificação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres em 1980, na qual se constatou que, apesar dos diversos instrumentos existentes à data (Carta das Nações Unidas, Declaração Universal dos Direitos do Homem, entre outras resoluções, declarações e recomendações), “as mulheres continuam a ser objecto de importantes discriminações” (Parágrafo 6 do Preâmbulo).

Nesse sentido, o Governo português tem vindo “ao longo dos anos a assumir o combate à violência doméstica e à violência de género através da implementação de políticas com o objectivo de proteger as vítimas, condenar os agressores, conhecer e prevenir o fenómeno, qualificar profissionais e dotar o país de estruturas de apoio e atendimento, definidos nos vários Planos Nacionais Contra a Violência Doméstica (PNCVD)”⁴⁶. Na verdade, a Lei n.º 96/2017, de 23 de agosto, Lei de Política Criminal que define os objetivos, prioridades e orientações de política criminal para o biênio de 2017-2019, em cumprimento da Lei n.º 17/2006, de 23 de maio, que aprova a Lei-Quadro da Política Criminal, considera crime de investigação prioritária a violência doméstica (art. 3.º, al. b) daquele diploma), a par de crimes como o terrorismo, o tráfico de pessoas, entre outros.

Desde 1999, foram implementados em Portugal um total de seis Planos Nacionais Contra a Violência Doméstica, desenvolvidos de acordo com as diretrizes europeias, sob a responsabilidade da Comissão para a Igualdade de Género e Cidadania (CIG). Atualmente está em vigor a Estratégia Nacional para a Igualdade e a Não Discriminação — Portugal + Igual (ENIND), que lançou um novo ciclo programático em 2018, alinhada temporal e substantivamente com a Agenda 2030 e apoiada em três Planos de Ação que definem objetivos estratégicos e específicos em matéria de não discriminação em razão do sexo e igualdade entre mulheres e homens (IMH), de prevenção e combate a todas as formas de violência contra as mulheres, violência de género e violência doméstica (VMVD), e de combate à discriminação em razão da orientação sexual, identidade e expressão de género, e características sexuais (OIEC). Estes Planos de Ação definem ainda as medidas concretas a prosseguir no primeiro período de execução de quatro anos até 2021, a que se deverá seguir o processo de revisão e redefinição para o período seguinte de quatro anos, e assim sucessivamente”⁴⁷.

Temos ainda a Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, um diploma principal e fundamental no âmbito da violência doméstica, que estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à proteção e à assistência das suas vítimas; centra-

⁴⁶ Saúde e Violência da ARS Algarve, IP.

⁴⁷ Resolução do Conselho de Ministros n.º 61/2018, parágrafo 4 do Preâmbulo.

-se na implementação de medidas que protegem especificamente as vítimas de violência doméstica, procurando promover uma abordagem mais apropriada a este fenómeno. Esta lei atribuiu carácter urgente aos processos por crime de violência doméstica, nos termos do art. 28.º, e criou um regime especial de detenção, bem como medidas de coação com natureza urgente. Além disso, introduziu o sistema de vigilância eletrónica⁴⁸ como meio técnico de controlo à distância, ou seja, como instrumento de fiscalização do cumprimento das medidas de proibição e imposição de condutas, máxime de proibição de contacto com a vítima de violência doméstica, seja no âmbito de medidas de coação, da suspensão provisória do processo, da suspensão da execução da pena ou como sanção acessória, se assim determinado pelo tribunal “sempre que tal se mostre imprescindível para a proteção da vítima” (n.º 1 do art. 35.º da Lei n.º 112/2009).

Quanto ao sistema da proteção por teleassistência⁴⁹, a Portaria n.º 220-A/2010, de 16 de abril, estipulou as condições de utilização inicial dos meios técnicos de teleassistência e dos meios técnicos de controlo à distância das pessoas agressoras, previstos nos n.ºs 4 e 5 do artigo 20.º e no artigo 35.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, respetivamente, vigorando o período experimental destas medidas apenas para os tribunais com jurisdição nas comarcas dos distritos do Porto e Coimbra. Em 2011, a Portaria n.º 63/2011, de 03 de fevereiro, alargou o período experimental daquelas medidas para os tribunais competentes com jurisdição em todas as comarcas do território nacional.

Esta Lei n.º 112/2009 estipula ainda, no seu art. 40.º, que a “vítima de violência doméstica beneficia de apoio financeiro do Estado, nos termos da legislação aplicável”, referindo-se à Lei n.º 104/2009, de 14 de setembro, que aprova o regime de concessão de indemnização às vítimas de crimes violentos e de violência doméstica, que confere às vítimas que sofram danos graves para a respetiva saúde física e/ou mental, em virtude dos atos de violência contra elas praticados, o “direito à concessão de um adiantamento da indemnização pelo Estado, ainda que não se tenham constituído ou não possam constituir-se assistentes no processo penal, quando se encontrem preenchidos os seguintes requisitos cumulativos: a) A lesão tenha provocado uma incapacidade permanente, uma incapacidade temporária e absoluta para o trabalho de pelo menos 30 dias ou a morte; b) O facto tenha provocado uma perturbação considerável no nível e qualidade de vida da vítima ou, no caso de morte, do requerente; c) Não tenha sido obtida efectiva reparação do dano em execução de sentença condenatória relativa a pedido deduzido nos termos dos artigos 71.º a 84.º do Código de Processo Penal ou, se for razoavelmente de prever que o delinquente e responsáveis civis não venham a reparar o dano, sem que seja possível obter de outra fonte uma reparação efectiva e suficiente”.

Finalmente, cumpre fazer um apontamento à Lei n.º 130/2015, de 04 de setembro, que aprovou o Estatuto da Vítima, transpondo a Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, que estabelece normas relativas aos

⁴⁸ Sistema “constituído por um conjunto de equipamentos, aplicações informáticas e sistemas de comunicação que permitem detectar remotamente a presença ou ausência de uma pessoa em determinado local e ou efectuar a sua identificação” (n.º 1 do art. 3.º da Portaria n.º 220-A/2010, de 16 de abril).

⁴⁹ Sistema que se destina “a garantir às vítimas de violência doméstica apoio, protecção e segurança adequadas, assegurando uma intervenção imediata e eficaz em situações de emergência, de forma permanente e gratuita, vinte e quatro horas por dia” (n.º 1 do art. 2.º da Portaria n.º 220-A/2010, de 16 de abril).

direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade e que substitui a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho, de 15 de março de 2001, criando um diploma autónomo que “contém um conjunto de medidas que visam assegurar a proteção e a promoção dos direitos das vítimas da criminalidade” (art. 1.º do Estatuto da Vítima). Esta lei originou também alterações ao CPP, entre as quais a introdução da definição de vítima⁵⁰ e de vítima especialmente vulnerável⁵¹. Não obstante esta lei prever direitos para todas as vítimas de crime e não especificamente para as vítimas de violência doméstica, teve um grande impacto nestas com a imposição de garantias de comunicação, a previsão de direitos de informação mais robustos, assim como com a criação de medidas adequadas para prevenir a vitimização secundária.

3. Questões processuais à luz do direito português

3.1. Da prevenção do fenómeno de violência doméstica: as medidas de interdição e de restrição ou proteção – artigos 52.º e 53.º da Convenção de Istambul

O ponto de partida para a abordagem desta questão é, necessariamente, a CI, porquanto um dos seus objetivos é a intervenção precoce, ou seja, a prevenção de ocorrência de violência posterior, evitando o pior dos cenários: ter como desfecho o homicídio. Assim, vejamos o que a este respeito nos dizem os arts. 52.º e 53.º da CI (na versão portuguesa do texto):

“Artigo 52.º

Medidas de interdição urgentes

As Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para que seja concedido às autoridades competentes o poder para, em situações de perigo imediato, ordenar ao autor de violência doméstica que deixe a residência da vítima ou da pessoa em risco por um período de tempo suficiente e proibi-lo de entrar na residência da vítima ou da pessoa em perigo ou de as contactar. As medidas adotadas nos termos do presente artigo deverão dar prioridade à segurança das vítimas ou das pessoas em risco.

Artigo 53.º

Medidas cautelares ou medidas de proteção

1. As Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para que haja medidas de injunção ou de proteção adequadas que possam ser aplicadas em defesa das vítimas de todas as formas de violência abrangidas pelo âmbito de aplicação da presente Convenção.

⁵⁰ “i) A pessoa singular que sofreu um dano, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou psíquica, um dano emocional ou moral, ou um dano patrimonial, diretamente causado por ação ou omissão, no âmbito da prática de um crime; ii) Os familiares de uma pessoa cuja morte tenha sido diretamente causada por um crime e que tenham sofrido um dano em consequência dessa morte” (art. 67.º-A, n.º 1, al. a)).

⁵¹ “a vítima cuja especial fragilidade resulte, nomeadamente, da sua idade, do seu estado de saúde ou de deficiência, bem como do facto de o tipo, o grau e a duração da vitimização haver resultado em lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições da sua integração social” (art. 67.º-A, n.º 1, al. b)).

2. As Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar que as medidas de injunção ou de proteção referidas no n.º 1:

– Assegurem uma proteção imediata e sem encargos financeiros ou administrativos excessivos para a vítima;

– Sejam emitidas por um determinado período de tempo ou até serem alteradas ou revogadas;

– Sejam emitidas, se for caso disso, *ex parte*, com efeito imediato;

– Possam ser aplicadas, independentemente de ou para além de outros processos judiciais;

– Possam ser aplicadas em ações judiciais subsequentes.

3. As Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para que as violações das medidas de injunção ou de proteção emitidas de acordo com o n.º 1 sejam passíveis de sanções penais ou outras legais efetivas, proporcionais e dissuasoras.”

Em 2015, o Comité para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres (CEDAW)⁵² instou Portugal a aplicar *protection orders* contra parceiros/as abusivos, considerando que existe um uso limitado das mesmas neste país. Na verdade, Portugal não tem ainda verdadeiras medidas de afastamento imediato. Vejamos, então, a solução consagrada no nosso ordenamento quanto a este aspeto, nomeadamente nos arts. 27.º-A e 29.º-A da Lei n.º 112/2009:

“Artigo 27.º-A

Intervenção dos órgãos de polícia criminal

1 – No cumprimento das disposições aplicáveis às situações de violência doméstica, as forças e os serviços de segurança adotam os procedimentos necessários para assegurar o acompanhamento e a proteção policial das vítimas.

2 – A proteção policial de uma vítima de violência doméstica, no âmbito judicial ou fora dele, deve assentar na prestação de orientações de autoproteção ou num plano individualizado de segurança, elaborado pela autoridade de polícia localmente competente, em função do nível de risco de revitimação.

Artigo 29.º-A

Medidas de proteção à vítima

1 – Logo que tenha conhecimento da denúncia, sem prejuízo das medidas cautelares e de polícia já adotadas, o Ministério Público, caso não se decida pela avocação, determina ao órgão de polícia criminal, pela via mais expedita, a realização de atos processuais urgentes de aquisição de prova que habilitem, no mais curto período de tempo possível sem exceder as 72 horas,

⁵² CEDAW, 2015.

à tomada de medidas de proteção à vítima e à promoção de medidas de coação relativamente ao arguido.

2 – Com a denúncia, a vítima é sempre encaminhada para as estruturas locais de apoio, em vista à elaboração de plano de segurança, caso não tenha sido elaborado pelo órgão de polícia criminal e para efeitos do recebimento de demais apoio legalmente previsto.”

Com efeito, percebemos que a solução adotada se foca na aplicação das medidas de coação, e, por isso, cumpre fazer um breve apontamento quanto às mesmas, pois tem sido crescente a tendência dos tribunais para a aplicação de medidas de coação com o objetivo principal de prevenção da violência doméstica e salvaguarda da segurança da vítima.

Ora, as medidas de coação, enquanto meios processuais de limitação da liberdade pessoal e patrimonial, não são um meio adequado de prevenção do fenómeno da violência doméstica, porque visam, em primeiro plano, acautelar a eficácia do processo, contendo a atividade criminosa e o agressor, e apenas indiretamente a proteção dos interesses e da segurança da vítima. Prova disso são os requisitos gerais para a aplicação de uma medida de coação previstos no art. 204.º do CPP⁵³, designadamente: “a) Fuga ou perigo de fuga; b) Perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova; ou c) Perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de que este continue a actividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem e a tranquilidade públicas”.

Verificadas que estejam estas condições, o juiz ouve o arguido, aplicando posteriormente a medida de coação que se afigure necessária, adequada e proporcional por despacho fundamentado, circunstancialismo que acarreta uma morosidade incompatível com a segurança da vítima que, em muitos dos casos, é urgente assegurar.

Sempre se poderá dizer que dispomos da figura da detenção. A este propósito, veja-se o regime especial de detenção para o crime de violência doméstica, previsto no art. 30.º da Lei n.º 112/2009. No caso de detenção em flagrante delito, “a detenção efetuada mantém-se até o detido ser apresentado a audiência de julgamento sob a forma sumária ou a primeiro interrogatório judicial para eventual aplicação de medida de coação ou de garantia patrimonial” (art. 30.º, n.º 1, da Lei n.º 112/2009). Na detenção fora de flagrante delito, para além do caso previsto no n.º 1 do art. 257.º do CPP, esta “pode ser efetuada por mandado do juiz ou do Ministério Público, se houver perigo de continuação da atividade criminosa ou se tal se mostrar imprescindível à proteção da vítima”⁵⁴ (art.

⁵³ O regime especial de medidas de coação urgentes para casos de violência doméstica, previsto no art. 31.º da Lei n.º 112/2009, entre as quais se destaca a medida prevista na al. c) do n.º 1 (“Não permanecer na residência onde o crime tenha sido cometido ou onde habite a vítima”), obedece aos “pressupostos gerais e específicos de aplicação das medidas de coação previstas no Código de Processo Penal” (n.º 1 do art. 31.º do mesmo diploma).

⁵⁴ Os pressupostos de perigo de continuação da atividade criminosa e de imprescindibilidade para a proteção da vítima acabam por redundar no mesmo pressuposto: “trata-se em ambos os casos de deter para evitar que o suspeito prossiga a sua actividade lesiva dos bens jurídico-penais, não sendo admissível a detenção de uma pessoa para protecção de interesses não penais da vítima”, in Albuquerque, 2018, p. 706 (anotação 8).

30.º, n.º 2, da Lei n.º 112/2009). Ainda, para além das situações previstas no n.º 2 do art. 257.º do CPP, as autoridades policiais podem também, por iniciativa própria, ordenar a detenção fora de flagrante delito, quando houver perigo de continuação da atividade criminosa ou se tal se mostrar imprescindível à proteção da vítima e houver perigo decorrente da espera pelo mandado de detenção, dada a situação de urgência (art. 30.º, n.º 3, da Lei n.º 112/2009).

Posto isto, tendo em conta que a detenção em flagrante delito é rara em contexto de violência doméstica, porquanto é difícil a polícia deparar-se com sinais evidentes de que o crime acabou de acontecer, e que nem sempre se reúnem os requisitos necessários para a detenção fora de flagrante delito por iniciativa das autoridades policiais⁵⁵, que são de difícil prova, “as forças de segurança nada podem fazer, a não ser ajudar a vítima a sair do seu espaço, onde poderá, em grande parte dos casos, permanecer o agressor”⁵⁶.

Assim, conforme explica Rute Cardoso Almeida, “na maioria das situações é necessário aguardar pela elaboração da denúncia, pela tomada de conhecimento dos factos por parte do Ministério Público e pela sujeição do agressor a interrogatório por um juiz, isto após a realização de, pelo menos, um inquérito sumário”. No “hiato temporal que medeia entre a ocorrência, a aquisição da notícia do crime, a recolha de prova e a apresentação a juiz, é à vítima que incumbe sair de casa e afastar-se do agressor, o que se concretiza num factor de vitimização secundária inaceitável e avalizada pelo próprio Estado (que tem o especial dever legal de a evitar)”⁵⁷, pelo que a autora conclui pela insuficiência desta figura para responder às necessidades que se sentem no âmbito da atuação precoce.

Ora, dos arts. 27.º-A e 29.º-A da Lei n.º 112/2009 não é possível retirar de forma inequívoca a possibilidade de aplicação prática de medidas de intervenção imediata pelo MP ou pelos OPC, designadamente ordens de afastamento imediato do agressor da residência da vítima ou ordens de proibição de contactos com a mesma, conforme enuncia a CI nos seus arts. 52.º e 53.º, os quais

postulam uma intervenção imediata, o que, quanto a nós, pretende significar uma intervenção no preciso momento em que se toma conhecimento ou se presenciam factos, precisamente através da emissão de ordens de interdição ou de restrição e protecção, que se distinguem claramente das medidas de coacção (Almeida, 2017, p. 143).

Com efeito, Aurora Rodrigues alerta para o facto de a referência às “medidas cautelares e de polícia já adotadas”⁵⁸ no n.º 1 do art. 29.º-A da Lei n.º 112/2009 carecer de conteúdo que não seja o relativo aos procedimentos de aquisição, recolha e preservação de prova, previstos nos arts. 248.º a 253.º do CPP.

⁵⁵ Escusado será referir as situações de dependência de emissão de mandado de detenção pelo juiz ou pelo MP, que pressupõe um tempo de espera que não se coaduna com os casos de necessidade de proteção imediata da vítima.

⁵⁶ Rodrigues, 2016, p. 215.

⁵⁷ Almeida, 2017, p. 143.

⁵⁸ Rodrigues, 2016, p. 214.

Assim, conseguimos perceber que o sistema penal em Portugal visa, em primeira linha, cessar a atividade criminosa e não proteger a vítima⁵⁹. Este cenário não dá respostas às exigências urgentes de prevenção e proteção imediatas e efetivas, pelo que urge uma mudança que deve ser levada a cabo não só à luz da CI, mas também com respeito pelas garantias constitucionais do arguido e pelos princípios que regem o processo penal.

Nesse sentido, concordamos com a posição de Rute Cardoso Almeida quando propõe que, em cumprimento da CI, seja concedida às autoridades competentes (MP e OPC) a competência para a emissão de ordens de interdição ou de restrição e proteção, designadamente o afastamento do suspeito da residência da alegada vítima e a proibição de contactos com a mesma, “quando em face da notícia do crime e das circunstâncias do caso concreto se indicie, ainda que perfunctoriamente, a prática de crime e a existência de perigo imediato para a integridade física ou psíquica e/ou vida da vítima”⁶⁰, ficando sujeitas a apreciação pelo MP e confirmação pelo juiz, no prazo máximo de 48 horas, sob pena de caducidade da medida, cujo cumprimento deverá ser fiscalizado através de meios de controlo à distância⁶¹.

Durante esse período de tempo, caberia ao MP, em conjunto com os OPC, produzir toda a prova possível; findo o prazo, o MP optaria por uma das seguintes soluções, consoante as circunstâncias:

1. Caducidade da medida – não se produziram elementos de prova suficientes de modo a concluir que os factos ocorreram;
2. Apresentação do agressor perante o Juiz de Instrução Criminal para validação da medida de interdição (seguida da aplicação de medida de coação⁶² caso se verifiquem os perigos constantes do art. 204.º do CPP) – produziram-se elementos de prova suficientes que corroboram os factos denunciados pela vítima.

Esta posição foi também defendida pela APAV em 2014, no seu Parecer 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, onde se lê:

os tempos judiciais não se coadunam com as necessidades de segurança e proteção das vítimas dos crimes mais violentos. O crescente número de mulheres mortas num contexto de violência doméstica apesar de todos os mecanismos existentes é alarmante e denota a evidência de que, apesar da evolução, aumento e melhoria das respostas do sistema tanto a nível legislativo como de políticas no âmbito deste crime, os mecanismos de proteção continuam a não ser suficientes para, em tempo útil e adequadamente, responder a este imenso flagelo social (APAV, 2014, p. 4).

⁵⁹ Não obstante os vários instrumentos implementados com este intuito que anteriormente elencámos.

⁶⁰ Almeida, 2017, p. 155.

⁶¹ Temática que será alvo de análise no Subcapítulo 3.3.

⁶² Porventura até mais gravosa do que a elencada no art. 200.º CPP.

Assim, tendo por base o princípio da presunção de inocência previsto no art. 32.º, n.º 2, da CRP, parece-nos que a restrição do direito do suspeito à liberdade (art. 27.º, n.º 1, 1.ª parte, da CRP) e ao contraditório (art. 32.º, n.º 5, da CRP), por via da aplicação de uma medida de interdição nos moldes propostos, se mostra necessária, adequada e proporcional “para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” (art. 18.º, n.º 2, da CRP) em risco de lesão iminente, designadamente o direito da vítima à vida (art. 24.º da CRP), à integridade física e moral (art. 25.º da CRP) e à segurança (art. 27.º, n.º 1, 2.ª parte, da CRP), respeitando ainda o direito a um processo justo e equitativo (art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem).

Note-se que, para Mariana Vilas Boas, o que está em causa é uma restrição ao direito de deslocação do autor do crime (art. 44.º da CRP) e não uma restrição à liberdade do mesmo, como se verifica na detenção. A este propósito, refere ainda que, se as autoridades policiais podem deter, também deverão poder afastar (se podem o mais, deverão poder o menos), fundamentando que a “detenção é uma medida particularmente gravosa, visto que priva totalmente o autor do crime da liberdade, enquanto o afastamento da vítima porá em causa, como referimos, o seu direito à deslocação”.⁶³

Não obstante, na nossa perspectiva, se tratar de uma restrição, embora parcial, ao direito à liberdade do alegado agressor, concordamos inteiramente com Mariana Vilas Boas quanto à premência da introdução desta medida do ordenamento jurídico português, tendo em conta o facto de “atualmente, em contexto de violência doméstica, na esmagadora maioria dos casos, ser a vítima a sair de casa, ficando privada da sua habitação, bens pessoais, e muitas vezes afastada dos seus filhos e, em muitos outros casos, ser a vítima a ter de alterar a sua rotina para se proteger”.⁶⁴

Da mesma forma concluiu o Projeto SNaP – Specific Needs and Protection (Necessidades Específicas e Proteção), invocando as palavras de uma das pessoas entrevistadas no âmbito desse estudo, segundo a qual uma necessidade urgente será:

A introdução de medidas administrativas que permitissem a retirada do agressor da casa de família, um afastamento imediato [...] tem particular importância para as [vítimas] mais vulneráveis. No caso destas mulheres, isto tem de ser assegurado e acompanhado de apoio social imediato e apoio especializado em violência doméstica, disponível num espaço máximo de 24 horas (Perista, Carrilho & Ferreira, 2016, p. 81).

3.2. Recusa da vítima em prestar depoimento (artigo 134.º do Código de Processo Penal)

Não raras vezes, a não condenação pelo crime de violência doméstica deve-se à falta de prova do cometimento dos factos, atendendo a que os mesmos são levados a cabo normalmente no seio familiar, sendo a vítima a única testemunha que frequentemente se recusa a depor ao abrigo da faculdade conferida pelo art. 134.º do CPP. Rege este preceito que se podem recusar a depor como testemunhas, entre outras, quem “tiver sido

⁶³ Vilas Boas, 2016, pp. 306 e 307.

⁶⁴ Vilas Boas, 2016, p. 307.

cônjuge do arguido ou quem, sendo de outro ou do mesmo sexo, com ele conviver ou tiver convivido em condições análogas às dos cônjuges, relativamente a factos ocorridos durante o casamento ou a coabitação” (al. b) do n.º 1).

Esta situação leva à impunidade do agressor, principalmente quando não existe mais nenhuma prova, tendo ainda em conta que o arguido goza do direito ao silêncio, nos termos do disposto no art. 61.º, n.º 1, al. d), do CPP, podendo optar por não prestar declarações, decisão evidente a tomar nos casos em que a vítima se recusa a depor. Tal resulta no arquivamento dos autos, de pouco valendo nestes casos a natureza pública do crime, que apenas permite encetar o processo, mas já não influenciar o seu desfecho.

Como ensina Maria Elisabete Ferreira, a respeito deste art. 134.º do CPP,

[a] *ratio* subjacente a este preceito deriva do entendimento da lei de que, nesta situação, o interesse público da prossecução penal deve ceder, em face do interesse da testemunha em não se ver constrangida a prestar declarações, num processo em que é arguido um seu familiar (Ferreira, 2005, p. 112).

salvaguardando-se assim as relações familiares. Ora, a razão de ser desta prerrogativa deixa de existir, pelo menos quando é a vítima a denunciar o crime, pois a relação de confiança existente entre pessoas próximas foi quebrada com a denúncia⁶⁵. Ou seja, o interesse da testemunha em não se ver constrangida a depor terá fundamento quando for um terceiro a denunciar o delito, uma vez que aqui a vítima não se colocou naquela posição e, nesse sentido, não deve ser obrigada a depor.

Segundo Rui do Carmo, importa deixar claro que “não é objetivo da norma proteger os direitos de defesa do arguido, que, embora possa beneficiar com o exercício do direito ao silêncio por um seu familiar, não lho pode exigir” (Carmo, 2016, p. 105). Mas pode constrangê-la a fazê-lo, sendo que, muitas vezes, a recusa em depor por parte da vítima é motivada pelo receio de repercussões na sua proteção futura.

Conforme afirma Maria Elisabete Ferreira, embora o nosso sistema constitucional muito considere e respeite os direitos fundamentais dos arguidos, não podemos esquecer que a relevância dos direitos ameaçados ou violados neste domínio exige uma mão firme, porque a violência doméstica é, acima de tudo, uma questão de direitos humanos⁶⁶.

Assim, no nosso entendimento, a faculdade de recusa de depoimento prevista no art. 134.º do CPP não deveria valer para os casos em que é a própria vítima a iniciar o procedimento criminal, através da apresentação de queixa, mantendo-se, porém, nos casos em que a denúncia é feita por terceiro. Contudo, esta mudança tem de ser acompanhada do correspondente crescimento ao nível da segurança, proteção e apoios no âmbito do processo penal e após o seu término, tendo em conta que são muitas vezes o medo, o receio de represálias e de falta de apoios que motivam a recusa de prestar depoimento.

⁶⁵ Já antes abalada pela alegada agressão.

⁶⁶ “Although our constitutional system highly considers and respects the fundamental rights of the defendants, we must not forget that the relevance of the rights threatened or violated in this domain require a firm hand because domestic violence is, above all, a human rights issue” (Ferreira, 2017a, p. 37).

Esta solução passaria ainda a mensagem à comunidade de que também detém um papel na administração da justiça, colaborando e não apenas dispondo da mesma, devendo ocupar uma posição tanto quanto possível ativa no processo. Isto tendo em conta que, neste momento, a credibilidade da justiça é cada vez mais escassa entre a população,

 aumentando o descrédito da mesma, tornando incompreensível para o cidadão comum – sem qualquer formação jurídica – a razão pela qual um agente que maltratou a sua mulher, provocando-lhe muitas vezes lesões físicas graves, para além das não menos significativas lesões psíquicas, foi absolvido. E tentando encontrar uma explicação lógica para o que lhe surge como totalmente ilógico e incompreensível, afirma que a “culpa é dos tribunais” (Cardoso, 2012, pp. 27 e 28).

Não se trata de forçar a vítima a colaborar, mas é indiscutível que a sua cooperação é essencial, e, nesse sentido, o regime especial de medidas para a proteção de testemunhas no âmbito de processos penais⁶⁷, que se aplica “quando a sua vida, integridade física ou psíquica, liberdade ou bens patrimoniais de valor consideravelmente elevado sejam postos em perigo por causa do seu contributo para a prova dos factos que constituem objecto do processo” (art. 1.º, n.º 1, da Lei n.º 93/99)⁶⁸, funciona como um estímulo, um amparo para as vítimas. Estas medidas incluem, entre outras, a possibilidade de a testemunha: indicar, no processo, uma residência diferente da sua residência habitual (art. 20.º, n.º 1, al. a), da Lei n.º 93/99); dispor de compartimento nas instalações judiciais ou policiais a que tenha de se deslocar sem a companhia de outros intervenientes no processo (art. 20.º, n.º 1, al. c), da Lei n.º 93/99); beneficiar de proteção policial, que se estende também a familiares, a pessoa que com ela viva em condições análogas às dos cônjuges ou a outras pessoas que lhe sejam próximas (art. 20.º, n.º 1, al. d), da Lei n.º 93/99). Esta Lei de Proteção de Testemunhas estipula ainda medidas para proteger testemunhas especialmente vulneráveis, esclarecendo que a “especial vulnerabilidade da testemunha pode resultar, nomeadamente, da sua diminuta ou avançada idade, do seu estado de saúde ou do facto de ter de depor ou prestar declarações contra pessoa da própria família ou de grupo social fechado em que esteja inserida numa condição de subordinação ou dependência” (art. 26.º, n.º 2, da Lei n.º 93/99).

A par disto, a Lei n.º 112/2009 consagra também, no seu art. 32.º, a possibilidade de recurso à videoconferência ou à teleconferência, a requerimento da vítima ou do MP, se o tribunal considerar necessário para garantir a prestação de declarações ou de depoimento da vítima sem constrangimentos, quando impliquem a presença do arguido.

A solução supra proposta leva ainda ao alargamento da possibilidade de serem tomadas em consideração as declarações para memória futura (art. 33.º da Lei n.º

⁶⁷ Lei n.º 93/99, de 14 de julho, que define testemunha como “qualquer pessoa que, independentemente do seu estatuto face à lei processual, disponha de informação ou de conhecimento necessários à revelação, percepção ou apreciação de factos que constituam objecto do processo, de cuja utilização resulte um perigo para si ou para outrem”.

⁶⁸ Sendo que estas medidas “só podem ser aplicadas se, em concreto, se mostrarem necessárias e adequadas à protecção das pessoas e à realização das finalidades do processo” (art. 1.º, n.º 4, do mesmo diploma).

112/2009) prestadas pelas vítimas de violência doméstica, facilitando a produção de prova, nos casos de impossibilidade de recusa do depoimento, tendo em conta que o direito de recusa de depor não pode ser “subvertido pela leitura na audiência de julgamento das declarações para memória futura prestadas anteriormente pela testemunha que recusa depor na data da audiência de julgamento”.

Assim, nos termos do aludido artigo 33.º, o “juiz, a requerimento da vítima ou do Ministério Público, pode proceder à inquirição daquela no decurso do inquérito, a fim de que o depoimento possa, se necessário, ser tomado em conta no julgamento”⁶⁹, quando se verifique risco de perda da prova, designadamente em caso de doença grave ou de deslocação para o estrangeiro, que previsivelmente impeça a pessoa de ser ouvida em julgamento (art. 271.º, n.º 1, do CPP), ou para proteção das testemunhas e das relações estabelecidas com o arguido. Esta figura constitui um meio de produção antecipada de prova e “configura-se como uma antecipação parcial da audiência, sabendo os intervenientes processuais de que aquele meio de prova poderá ser utilizado pelo Tribunal para formar a sua convicção”⁷⁰, não sendo, contudo, obrigatória a leitura das declarações em audiência de julgamento.

Sendo certo que aquela questão poderia ainda ser contornada, estabelece-se que no caso de a vítima prestar declarações para memória futura anteriormente ao julgamento e neste se recusar a depor, aquelas declarações podem ser tidas em conta, desde que tenha sido devidamente informada nesse sentido. Será, porventura, uma solução menos drástica do que eliminar a possibilidade de recusa de depoimento a partir do momento em que a vítima, podendo recusar, decide prestar declarações em momento anterior ao julgamento.

3.3. Meios de controlo à distância: consentimento do arguido?

Conforme vimos anteriormente, a Lei n.º 112/2009 introduziu o sistema de vigilância eletrónica como meio técnico de controlo à distância, ou seja, como instrumento de fiscalização do cumprimento das medidas de proibição e imposição de condutas, máxime de proibição de contacto com a vítima de violência doméstica, seja no âmbito de medidas de coação, seja nos âmbitos da suspensão provisória do processo, da suspensão da execução da pena ou como sanção acessória, que deve ser determinado pelo tribunal “sempre que tal se mostre imprescindível para a proteção da vítima” (n.º 1 do art. 35.º da Lei n.º 112/2009). O n.º 1 do art. 36.º da Lei n.º 112/2009 prescreve que a “utilização dos meios técnicos de controlo à distância depende do consentimento do arguido ou do agente e, nos casos em que a sua utilização abranja a participação da vítima, depende igualmente do consentimento desta”, exceto nos casos em que “o juiz, de forma fundamentada, determine que a utilização de meios técnicos de controlo à distância é imprescindível para a proteção dos direitos da vítima” (n.º 7 do mesmo preceito).

⁶⁹ Configurando uma exceção à regra consagrada no n.º 1 do artigo 355.º do CPP, segundo o qual “Não valem em julgamento, nomeadamente para o efeito de formação da convicção do tribunal, quaisquer provas que não tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência”.

⁷⁰ Ac. do STJ de 11-10-2017, Proc. N.º 895/14.OPGLRS.L1-A.S1.

Ora, para que o juiz determine que o cumprimento daquelas medidas seja fiscalizado por meios técnicos de controlo à distância, é necessário que tal se mostre imprescindível para a proteção da vítima, imprescindibilidade exigida também para justificar a dispensa de consentimento do arguido, embora esta tenha de ser fundamentada. Ou seja, acabamos por cair numa redundância, pois, em ambas as situações, os fundamentos são os mesmos, o que nos leva a concluir que o cumprimento poderia ser sempre fiscalizado, independentemente do consentimento do arguido, porquanto o juiz só o determina se formular previamente um juízo de imprescindibilidade.

Ainda assim, não é compreensível a necessidade de consentimento do arguido para a aplicação de uma concreta forma de fiscalização do cumprimento das suprarreferidas medidas. É verdade que existe uma limitação de direitos sempre que se aplica a chamada vigilância eletrónica. Mas apenas porque, sopesando os direitos do arguido e os direitos da vítima, prevalece a proteção desta quando se atende à “escala” de valores constitucionais. Na verdade, como se disse, os direitos do arguido já foram comprimidos aquando da aplicação da medida, sendo a fiscalização apenas uma forma de prevenir que a mesma perca a sua utilidade prática com o não cumprimento.

Neste sentido, André Lamas Leite afirma:

as penas, em si mesmas, não exigem o acordo do condenado. De outra forma, seria o sentido de “pena” sujeito ao ridículo e obviamente que ninguém consentiria em tal. Se é assim para a sanção *de per se*, entendo que, por maioria de razão, o devia ser para o mecanismo concreto de fiscalização (Leite, 2019).

Reconhecemos, contudo, que esta linha de pensamento poderia não vigorar no que diz respeito às medidas de coação, mormente quanto à proibição de contactos, pois enquanto o arguido não é julgado goza da presunção de inocência.

Teria sido, porventura, preferível não prever a necessidade de consentimento do arguido e, ao invés, acrescentar ao n.º 1 do art. 35.º da Lei n.º 112/2009 que o tribunal, com vista à aplicação das medidas e penas previstas nos arts. 52.º e 152.º do CP, no art. 281.º do CPP e no art. 31.º da Lei n.º 112/2009, deve, sempre que tal se mostre imprescindível para a proteção da vítima, determinar que o cumprimento daquelas medidas seja fiscalizado por meios técnicos de controlo à distância, fundamentando devidamente tal decisão, sendo certo que esta seria sempre sindicável por tribunal superior.

Este será um dos caminhos a seguir para melhor acautelar a proteção das vítimas e ir ao encontro do espírito da CI, evitando mesmo em última instância um desfecho fatal.

Conclusão

A presente dissertação, dirigida ao estudo da violência doméstica, procurou debruçar-se sobre as questões que, a nosso ver e face ao panorama nacional, merecem atenção e devem ser objeto de análise, a fim de averiguar a necessidade e conveniência de eventuais mudanças legislativas.

Reconhecemos o longo caminho percorrido na nossa legislação desde a primeira consagração do tipo legal em 1982 até à previsão que vigora atualmente, cada vez mais direcionado no sentido da tutela das vítimas dos crimes de violência doméstica. Consideramos, porém, que ainda existem fragilidades no nosso ordenamento jurídico às quais não conseguimos dar uma resposta célere e efetiva. Nesta senda, tentamos problematizar essas vulnerabilidades, descortinando a sua origem, tendo por base conceitos, divergências doutrinárias e jurisprudenciais e instrumentos legais, em ordem à apresentação de propostas de resolução fundamentadas.

Assim, pudemos concluir que, mais do que um problema de género, a violência doméstica configura um problema social, pelo que, apesar dos inúmeros instrumentos nacionais e internacionais existentes de combate a esta problemática, é imperativo continuar o caminho da mudança de princípios, instruindo as próximas gerações nesse sentido e pugnando também pela mudança na administração da justiça pelos tribunais.

Quanto ao bem jurídico, acreditamos que o mesmo contende não só com a saúde da vítima, mas também com o núcleo dos vínculos estabelecidos entre agente e vítima, ainda que de forma secundária ou reflexa, tutelando a pacífica convivência familiar, parafamiliar e doméstica.

Vimos também que erradamente, face à atual redação do normativo, os nossos tribunais continuam a exigir, para preenchimento do tipo legal, que as condutas ilícitas sejam reiteradas ou dotadas de particular intensidade ou gravidade e que o agente tenha agido movido por uma especial intenção de diminuir, humilhar e ferir a vítima na sua dignidade.

Verificamos ainda que pode existir entre o crime de violência doméstica e outros tipos de crime uma relação de concurso aparente de normas. Assim sendo, o crime de violência doméstica e o crime de ofensa à integridade física simples encontram-se numa relação de especialidade, devendo o agente ser punido apenas pelo crime de violência doméstica, só se concebendo a deslocação da subsunção destas condutas do primeiro tipo legal para o segundo quando a conduta levada a cabo não viole o bem jurídico no seu todo. Já a relação de subsidiariedade implica que o agente não seja punido por este crime nos casos em que ao crime geral corresponda uma ofensa à qual seja aplicada uma pena mais grave, por força de outra disposição legal. O funcionamento desta relação compromete a aplicação das penas acessórias, ignorando-se completamente o contexto de violência doméstica no qual foi praticado o crime, pelo que defendemos que o legislador preveja expressamente a possibilidade de aplicação das penas acessórias ao agente do crime de violência doméstica, nos casos em que este venha a ser punido com pena mais grave por força de outra disposição legal.

No que diz respeito à questão da intervenção preventiva, conseguimos perceber que o sistema penal em Portugal visa, em primeira linha, cessar a atividade criminosa e não proteger a vítima, porquanto não dispomos de verdadeiras medidas preventivas, socorrendo-nos antes das medidas de coação e da figura da detenção para atingir, em segunda linha, esse desiderato. Tampouco os instrumentos previstos na Lei n.º 112/2009 estão suficientemente concretizados de modo a fazerem face, em tempo útil, às exigên-

cias urgentes de prevenção e proteção imediatas e efetivas. E, nesse sentido, entendemos que deve ser concedida às autoridades competentes (MP e OPC) a competência para a emissão de ordens de interdição e proteção, designadamente o afastamento do suspeito da residência da alegada vítima e a proibição de contactos com a mesma, quando em face da notícia do crime e das circunstâncias do caso concreto se indicie a prática de crime e a existência de perigo imediato para a saúde e/ou vida da vítima.

Já no atinente ao processo penal, percebemos que a não condenação pelo crime de violência doméstica se deve à falta de prova do cometimento dos factos, sendo a vítima a única testemunha que frequentemente se recusa a depor. Ora, a razão de ser desta prerrogativa – salvaguarda das relações familiares – deixa de existir, pelo menos, quando é a vítima a denunciar o crime. Assim, a faculdade de recusa de depoimento não deveria valer para aqueles casos em que é a própria vítima a iniciar o procedimento criminal, através de queixa, mantendo-se, porém, nos casos em que a denúncia é feita por terceiro. Esta solução levaria ainda ao alargamento da possibilidade de serem tomadas em consideração as declarações para memória futura prestadas pelas vítimas de violência doméstica, facilitando a produção de prova, nos casos de impossibilidade de recusa do depoimento.

Finalmente, abordamos a questão da fiscalização do cumprimento das medidas de proibição e imposição de condutas aplicadas ao arguido, que deve ser determinada pelo tribunal sempre que tal se mostre imprescindível para a proteção da vítima, dependendo a sua utilização do consentimento do arguido ou do agente, exceto nos casos em que o juiz, de forma fundamentada, determine que a utilização dos mesmos é imprescindível para a proteção dos direitos da vítima. Atendendo a que a proteção da vítima prevalece em prejuízo dos direitos do arguido e que a fiscalização é apenas uma forma de prevenir que a mesma perca a sua utilidade prática, sustentamos que seria preferível não prever a necessidade de consentimento do arguido, sendo necessário apenas que o tribunal fundamentasse devidamente a decisão de fiscalização, que seria sempre sindicável por tribunal superior.

Conforme adiantamos já na introdução, a necessária brevidade a que esta dissertação teve de obedecer implicou a não abordagem de temas que seriam, porventura, importantes para acompanhar e consolidar as ideias defendidas. Será o caso da suspensão da execução da pena de prisão, tendo em conta, conforme constatou o CEDAW, a prevalência da violência de género contra as mulheres na esfera doméstica e o número desproporcionalmente baixo (embora crescente) de processos e condenações de perpetradores, em comparação com o elevado número de casos denunciados de violência doméstica. Em consequência disto, aquele Comité⁷¹ instou Portugal a assegurar a aplicação rigorosa das leis que criminalizam a violência contra as mulheres e a adotar medidas adicionais para as prevenir e proteger da violência de género de que são alvo na esfera doméstica, inclusive por meio do processo e condenação dos autores. Neste sentido, vejamos parte da fundamentação utilizada por um tribunal para sustentar a sua decisão no processo penal por crime de violência doméstica, já adiantando que é rara, face ao que tem sido a

⁷¹ CEDAW, 2015.

prática comum nos nossos tribunais, e que, na nossa opinião, se coaduna com todas as considerações e sugestões feitas ao longo desta tese, complementando-a:

Na verdade, como seria possível concluir, no caso do arguido, que “*a simples censura do facto e a ameaça da prisão realizam de forma adequada e suficiente as finalidades da punição*”? Há ou não razões sérias para duvidar da capacidade do agente de não repetir crimes, se for deixado em liberdade? É óbvio que a resposta a esta questão, em face do que fica dito, designadamente em face da aludida condenação anterior, só pode ser afirmativa. Mas, se assim é, claro se torna que o juízo de prognose deve ser desfavorável e a suspensão negada! Ou seja, só uma pena de prisão efectiva se revela, no caso em apreço, adequada a realizar as finalidades da punição, designadamente as de prevenção especial (Pinto, 2013, p. 203).

Sem nos alongarmos mais, terminamos dizendo que, no ano de 2018, o Observatório de Mulheres Assassinadas (OMA)⁷² concluiu que foram assassinadas 28 mulheres em Portugal, em contexto de intimidade presente ou passada ou relações familiares próximas, ultrapassando o número total registado em 2017, que foi de 20.

Impõe-se refletir... Em 2019, quais serão os números?

⁷² OMA, 2018.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, P.P. (2018). *Comentário do Código de Processo Penal: À luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a edição. Lisboa: Universidade Católica Editora.

ALMEIDA, M.T.F. (2016). O crime de violência doméstica: O antes e o depois da Convenção de Istambul. In Cunha, M.C.F. (org.), *Combate à violência de género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*. Porto: Universidade Católica Editora.

ALMEIDA, R.C. (2017). Do futuro da intervenção precoce e prevenção no âmbito da violência doméstica – Uma reflexão sobre os objectivos da Convenção de Istambul. *RMP*, n.º 152.

APAV (2014, junho). 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 https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/Parecer_da_APAV_relativo_as_implicacoes_legislativas_da_Convencao_de_Istambul.pdf.

APAV (2018, novembro). Estatísticas APAV: Vítimas de violência doméstica 2013-2017. Retirado de https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/Estatisticas_APAV_Violencia_Domestica_2013_2017.PDF.

APAV (2019, março). Estatísticas APAV: Relatório anual 2018. Retirado de https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/Estatisticas_APAV_Relatorio_Anual_2018.pdf.

BRANDÃO, N. (2010). A tutela penal especial da violência doméstica. *Julgar*, n.º 12 (especial).

CARDOSO, C.A.T. (2012). *A violência doméstica e as penas acessórias*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto.

CARMO, R. (2016). As crianças como testemunhas – Aplicar e clarificar a lei [as declarações únicas da criança; o estatuto de vítima; recusa a depor]. *RCEJ*, vol. II, n.º 2.

CARVALHO, A.T. (2012). Comentário do artigo 152.º. In Dias, J. F. *Comentário conimbricense do Código Penal – Parte especial*, Coimbra: Coimbra Editora.

CEDAW (24 novembro 2015). Concluding observations on the combined eighth and ninth periodic reports of Portugal. Retirado de http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2FC%2FPRT%2FCO%2F8-9&Lang=en.

DIAS, J.F. (2007). *Direito penal, parte geral*. Tomo I. 2.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

FERREIRA, M.E. (2005). *Da intervenção do Estado na questão da violência conjugal em Portugal*. Coimbra: Almedina.

FERREIRA, M.E. (2016). *Violência parental e intervenção do Estado: A questão à luz do direito português*. Porto: Universidade Católica Editora.

FERREIRA, M.E. (2017a). Criminalization of domestic violence and interculturalism. Nanterre Colloquium – Law and Interculturalism. Retirado de <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/25442/1/Criminalization%20of%20domestic.pdf>.

FERREIRA, M.E. (2017b). 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). *Julgar online*. Retirado de <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2017/05/20170531-ARTIGO-JULGAR-Cr%C3%ADti>

ca-ao-pessuposto-da-intensidade-no-tipo-legal-de-viol%C3%Aancia-dom%C3%A9stica-Maria-Elisabete-Ferreira.pdf.

LEITE, A.L. (2010). A violência relacional íntima: Reflexões cruzadas entre o direito penal e a criminologia. *Julgar*, n.º 12 (especial).

LEITE, A.L. (25 fevereiro 2019). Violência doméstica: um “buraco” na lei que pode ceifar vidas. Retirado de <https://www.publico.pt/2019/02/25/sociedade/opiniaio/violencia-domestica-buraco-lei-ceifar-vidas-1863285>.

MAGALHÃES, T. (2010). *Violência e abuso: Respostas simples para questões complexas*, 1.ª edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.

OMA (22 novembro 2018). Relatório preliminar (01 de janeiro a 20 de novembro de 2018). Retirado de http://www.umarfeminismos.org/images/UMAR_OMA_Relat%C3%B3rio_Preliminar_20_de_Novembro_de_2018.pdf.

PERISTA, H., CARRILHO, P., & FERREIRA, A. (2016, setembro). Violência doméstica: Necessidades específicas e proteção – Relatório nacional Portugal. Retirado de https://www.fenacerci.pt/wp-content/uploads/2017/09/Report_Portugal_SNAP.pdf.

PINTO, V.P. (2013). Violência doméstica – Silêncio das ofendidas: Valoração dos depoimentos indirectos (Motivação de recurso penal). *RMP*, n.º 133.

RODRIGUES, A. (2016). Medidas cautelares de polícia e medidas de coação. In Cunha, M.C.F. (org.), *Combate à violência de género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*. Porto: Universidade Católica Editora.

Saúde e violência da ARS Algarve, IP. Plano Nacional Contra a Violência Doméstica. Retirado de https://www2.arsalgarve.min-saude.pt/saudeeviolencia/exemplo/index.php?option=com_content&view=article&id=73&Itemid=247.

VILAS BOAS, M. (2016). Medidas preventivas de polícia. In Cunha, M.C.F. (org.), *Combate à violência de género – Da Convenção de Istambul à nova legislação penal*. Porto: Universidade Católica Editora.

Jurisprudência

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11-10-2017, Relator Manuel Augusto de Matos, Proc. n.º 895/14.OPGLRS.L1-A.S1. Retirado de www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 29-01-2014, Relator Jorge Dias, Proc. n.º 1290/12.1PBAVR.C1. Retirado de www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 15-10-2012, Relator Fernando Monterroso, Proc. n.º 639/08.6GBFLG.G1. Retirado de www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 04-12-2017, Relator Pedro Cunha Lopes, Proc. n.º 214/16.1PBGMR.G1. Retirado de www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 11-02-2019, Relator Ausenda Gonçalves, Proc. n.º 1128/16.OPBGMR.G1. Retirado de www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15-01-2013, Relator Neto Moura, Proc. n.º 1354/10.6TDLSB.L1-5. Retirado de www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 19-04-2017, Relatora Maria da Graça Santos Silva, Proc. n.º 612/15.8PBSNT.L1. Retirado de www.pgdlisboa.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13-11-2018, Relator Cid Geraldo, Proc. n.º 233/17.3GATV.L1-5. Retirado de www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10-07-2013, Relatora Maria do Carmo Silva Dias, Proc. n.º 413/11.2GBAMT.P1. Retirado de www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 12-10-2016, Relator José Carreto, Proc. n.º 2255/15.7T9PRT.P1. Retirado de www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14-06-2017, Relator Horácio Correia Pinto, Proc. n.º 16/16.5GAAGD.P1. Retirado de www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11-10-2017, Relator Neto Moura, Proc. n.º 355/15.2 GAFLG.P1. Retirado de <https://www.tsf.pt/Galerias/PDF/2017/10/acordao%20adulterio.pdf>.

**A problemática da responsabilidade da sociedade-mãe
por condutas antitrust perpetradas
pelas sociedades subsidiárias**

Antónia Ferreira Fontes de Almeida

Sob a orientação da
Professora Doutora Sofia Oliveira Pais

Agradecimentos

Aos meus pais, o apoio incondicional, o constante incentivo e presença inabalável, a persistência e perseverança que sempre me inculcaram. Por me ensinarem a lutar e nunca desistir. A vocês, a minha eterna gratidão.

Às minhas irmãs, essência do meu ser, a paciência e a serenidade que sempre me transmitiram. Por me fazerem querer ser sempre melhor.

Ao Gonçalo, meu porto de abrigo, a compreensão, o amor incondicional e encorajamento incessante. Por sempre ter acreditado em mim.

Aos meus avós, o carinho e os valores transmitidos. Por serem uma das minhas maiores referências.

À Senhora Professora Doutora Sofia Oliveira Pais, a quem expressei a minha enorme admiração e gratidão por, gentilmente, ter aceitado ser minha orientadora. Pela simpatia, disponibilidade oferecida e sábios conselhos durante este percurso.

Resumo

A atribuição de responsabilidade solidária às sociedades-mãe por infrações do Direito Europeu da Concorrência perpetradas pelas suas subsidiárias pode representar uma diferença de milhões de euros na coima final imposta pela Comissão Europeia, a título de sanção por tal infração. Porém, esta possibilidade tem gerado fortes críticas e tem sido largamente discutida pela doutrina. O presente estudo tem como finalidade analisar criticamente a abordagem da Comissão Europeia e do Tribunal de Justiça da União Europeia na atribuição de responsabilidade à sociedade-mãe por condutas das subsidiárias e as consequências desta abordagem em matéria de *public enforcement*. Consequentemente, o presente estudo tem como finalidade última averiguar quais as circunstâncias que, *de jure condendo*, deveriam ser tidas em consideração com o intuito de ser garantida a segurança e certeza jurídicas nesta matéria.

Palavras-chave: Responsabilidade da sociedade-mãe; sociedades subsidiárias; *public enforcement*.

Abstract

The attribution of joint and several liability to parent companies due to European Competition Law infringements perpetrated by its subsidiaries might represent a difference of millions of euros, apart from other consequences, in the final fine imposed by the European Commission as a penalty for such infringement. Notwithstanding, this possibility has led to strong criticism and is widely discussed among scholars. This dissertation aims at providing a critical narrative of the approach of the European Commission and the Union Courts when attributing parental liability for the actions of subsidiaries and the consequences of such approach regarding public enforcement. Hence, the ultimate purpose of this dissertation is to ascertain which circumstances should, *de jure condendo*, be considered in order to ensure that legal security and certainty are observed in this matter.

Keywords: Parent company liability; subsidiary companies; public enforcement.

Principais abreviaturas

Ac.	Acórdão
AG	Advogado Geral
Art./Arts.	Artigo(s)
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CE	Comissão Europeia
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
Cit.	Citado
JECLP	<i>Journal of European Competition Law & Practice</i>
N.º	Número
<i>op. cit.</i>	obra citada (do latim <i>opus citatum</i>)
para./paras.	Parágrafo(s)
Proc.	Processo
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TG	Tribunal Geral
TJ	Tribunal de Justiça
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia
<i>vd.</i>	<i>vide</i>
Vol.	Volume

Índice

Introdução	6
Capítulo I – A abordagem europeia da responsabilidade das sociedades-mãe pelas condutas antitrust das suas subsidiárias	7
1. O conceito de empresa no âmbito do direito europeu da concorrência	7
1.1. A empresa enquanto ator do Direito Europeu da Concorrência	7
1.2. A empresa enquanto unidade económica – traços gerais da doutrina da unidade económica	9
2. Os princípios da responsabilidade da sociedade-mãe	10
2.1. A rationale	10
2.2. A atribuição de responsabilidade	12
2.2.1. O princípio basilar – os conceitos elementares de “unidade económica” e de “influência decisiva”	12
A. Breve evolução jurisprudencial	13
B. A articulação dos conceitos	14
2.2.2. O teste da influência decisiva	17
2.2.3. A presunção Stora	18
A. Situações de detenção de 100% do capital social da sociedade subsidiária	18
B. Situações de detenção quase total do capital social da sociedade subsidiária	20
C. A natureza i(ni)lidível da presunção	21
Capítulo II – Análise crítica do fundamento da responsabilidade da sociedade-mãe	23
1. As implicações da abordagem europeia	23
2. Crítica à aplicação dos conceitos de unidade económica e de influência decisiva à responsabilidade da sociedade-mãe	24
2.1. Da não adequação da aplicação do conceito de unidade económica em matéria de responsabilidade	24
2.2. Da contradição com o duplo objetivo das coimas	26
3. Considerações de <i>lege ferenda</i>	27
3.1. Responsabilidade pela violação de um dever de vigilância	29
Conclusão	31
Bibliografia	33

Introdução

A especificidade do Direito da Concorrência reside no “facto de este tutelar um bem jurídico *sui generis* e cuja configuração varia nos planos temporal e ideológico” (Silva, 2018, p. 29). Deste modo, o Direito da Concorrência tem como objetivo assegurar a concorrência numa economia de mercado livre¹.

O contexto legal do Direito da Concorrência tem sido gradualmente adaptado à realidade económica que lhe está implícita². Em verdade, ao Direito da Concorrência subjaz uma realidade de natureza económica³, a qual pretende regular, pelo que existe uma certa permeabilização entre Economia e Direito. Não obstante, a análise que se pretende fazer na presente dissertação parte, na sua essência, da perspectiva jurídica deste ramo do Direito, sem esquecer, no entanto, a relevância indubitável das lições retiradas dos estudos económicos do Direito da Concorrência.

Desde a decisão emblemática do TJ no Ac. *ICI/Comissão*, em 1972⁴ uma sociedade-mãe, em determinadas circunstâncias, pode ser solidariamente responsável por violações das normas substantivas do Direito Europeu da Concorrência perpetradas por uma das suas sociedades subsidiárias. Mister é que, pertencendo as sociedades à mesma unidade económica, a sociedade-mãe exerça uma influência decisiva sobre a sociedade subsidiária. Se assim for, a CE fica habilitada a impor o pagamento das coimas à sociedade-mãe, ainda que esta não tenha tido envolvimento pessoal na infração.

A questão tem assumido enorme relevância, sendo um dos debates centrais e mais controversos da doutrina neste domínio do Direito. Isto porque, uma correta imputação da responsabilidade por infrações do Direito Europeu da Concorrência é indispensável para o correto funcionamento de qualquer autoridade a quem compita a aplicação das políticas *antitrust*⁵.

A responsabilidade da sociedade-mãe tem essencialmente levantado questões relacionadas com a política de aplicação de coimas seguida pela CE. Porém, as suas repercussões extravasam o domínio do *public enforcement*, podendo ser, certamente, estendidas também ao domínio do *private enforcement*, conforme decidiu, recentemente, o TJ no Ac. *Skanska*⁶, ao afirmar uma igual interpretação do conceito de “empresa” nestes dois domínios de aplicação do Direito da Concorrência⁷.

Ora, sem olvidar a importância emergente do *private enforcement* no contexto do Direito Europeu da Concorrência⁸, o objeto do nosso estudo é a imputação da responsa-

¹ Jones & Sufrin, 2016.

² Cleynebreugel, 2014.

³ Silva, 2018.

⁴ Ac. *ICI/Comissão*, de 14 de julho de 1972, proc. C-48/69.

⁵ Salientando este aspeto, Montesa & Givaja, 2006.

⁶ Ac. *Skanska Industrial Solutions* e outros de 14 de março de 2019, proc. C-724/17. Deste modo, o conceito de empresa no âmbito de ações de responsabilidade civil por danos, intentadas ao abrigo da Diretiva 2014/104/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, sobre ações de responsabilidade civil por infrações das disposições do Direito da Concorrência, não pode divergir do conceito de empresa utilizado para a aplicação de coimas.

⁷ A decisão do TJ será, certamente, mote para um aceso debate sobre a articulação entre o *public enforcement* e o *private enforcement*. O Ac. suscita uma diversidade de questões que serão, certamente, objeto de estudo da doutrina.

⁸ Chamando a atenção para as consequências em sede de *private enforcement*, *vd.*, nomeadamente, Montesa & Givaja, 2006.

bilidade da sociedade-mãe em matéria de aplicação de coimas⁹ – deve a sociedade-mãe ser responsabilizada pelas condutas das suas subsidiárias? Se sim, com que fundamento?

Pese embora o enorme impacto da problemática na vida dos grupos de sociedades e o desmedido interesse da questão, a verdade é que reina, tanto na jurisprudência, como nas decisões da CE, alguma incerteza relativamente à justificação legal e ao escopo desta responsabilidade. O TJUE e a CE não têm conseguido, de forma inequívoca, traçar os princípios e fundamentos para a imputação da responsabilidade à sociedade-mãe por uma infração cometida por uma sua subsidiária. Apesar de as decisões serem amparadas no conceito de unidade económica, a verdade é que esta transposição do conceito das normas substantivas para o plano da política de aplicação de coimas deve ser analisada com cautela.

Mau grado as críticas que têm vindo a ser apontadas, a solução atual é a de que a doutrina da unidade económica tem o admirável efeito de permitir imputar responsabilidade a uma sociedade-mãe que não esteve envolvida na infração, que, em grande parte das situações, não tinha sequer conhecimento da conduta levada a cabo pela subsidiária¹⁰.

Destarte, o objetivo da presente dissertação é expor criticamente os princípios e regras pelos quais se rege a responsabilidade da sociedade-mãe pelas condutas da sociedade subsidiária, com o intuito de concluir pela sua capacidade de sustentarem esta imputação de responsabilidade.

Para cumprirmos o desígnio a que nos propomos, partiremos, no Capítulo I, da análise do conceito de empresa, salientando a doutrina da unidade económica, conceitos basilares na *vexata quaestio* a que pretendemos dar resposta, para de seguida expormos os traços gerais e os princípios da responsabilidade da sociedade-mãe. Posteriormente, no Capítulo II, faremos uma abordagem crítica do quadro legal europeu que tem vindo a ser aplicado, tentando, não obstante, propor alterações *de lege ferenda* que permitam assegurar uma maior certeza e segurança jurídicas.

Capítulo I – A abordagem europeia da responsabilidade das sociedades-mãe pelas condutas antitrust das suas subsidiárias

1. O conceito de empresa no âmbito do direito europeu da concorrência

1.1. A empresa enquanto ator do Direito Europeu da Concorrência

A questão que nos ocupa ao longo do tratamento jurídico a que nos propomos, implica, necessariamente, que o ponto de partida seja a desconstrução do conceito de empresa¹¹. O objeto do Direito Europeu da Concorrência são as empresas¹², ou seja, é o

⁹ Ainda que, à luz da jurisprudência *Skanska*, o conceito de “empresa” deva ser interpretado de igual forma, tanto em matéria de aplicação de coimas, como em matéria de ações de indemnização por violação das regras do Direito Europeu da Concorrência.

¹⁰ Thomas, 2012.

¹¹ “Undertaking” na versão em inglês ou “entreprise” na versão em francês.

¹² Tanto os Arts. 101.º e 102.º do TFUE, como o Regulamento relativo às concentrações de empresas (Regulamento (CE) n.º 139/2004, de 20 de janeiro) se dirigem às empresas.

conceito de empresa que permite “determinar as categorias de agentes às quais se aplicam as regras de concorrência”¹³.

No seio do Direito Europeu da Concorrência, o conceito de “empresa” adquire um conteúdo específico e distinto relativamente a outras áreas do direito nacional de cada Estado-Membro¹⁴, pelo que urge, num momento inicial, compreender a complexidade do conceito, bem como as realidades abrangidas pela noção de empresa.

Inevitavelmente, o conceito referido assume enorme relevância, porquanto permite determinar se as normas substantivas do Direito Europeu da Concorrência são aplicadas a uma determinada conduta e, em caso afirmativo, qual das normas deverá ser aplicada. Por outro lado, o Regulamento (CE) n.º 139/2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas, regula as alterações provocadas em termos de concorrência em consequência de reorganizações operadas entre empresas, das quais resulte uma mudança de controlo duradoura.

Todavia, e pese embora a essencialidade e centralidade deste conceito, não encontramos nem no Tratado, nem no Regulamento relativo às concentrações de empresas uma definição do mesmo, pelo que é mister considerar a prática da CE e a jurisprudência do TJUE, os responsáveis pela concretização e interpretação da “empresa”¹⁵.

À luz dessa jurisprudência a empresa é uma entidade que desenvolve uma atividade económica, isto é, fornece bens ou serviços no mercado¹⁶, independentemente do seu estatuto jurídico ou do seu modo de financiamento¹⁷. Podemos, portanto, concluir que a interpretação da noção de empresa para além de ampla, é igualmente relativa, porquanto o conceito não se dirige às entidades, mas sim às atividades desenvolvidas por estas. Assim, primordial é a natureza da atividade exercida pela empresa e não as suas características formais.

O TJUE, partindo deste conceito amplo, tem admitido como sendo empresas entidades de diversas naturezas, designadamente, organizações desportivas¹⁸ e até mesmo profissionais liberais, em determinadas circunstâncias¹⁹.

Esta abordagem funcional²⁰ do conceito procura garantir harmonização no seio dos ordenamentos de cada um dos Estados-Membros, evitando a eventual confusão com conceitos conhecidos da legislação nacional de cada um deles, como, por exemplo, o conceito de sociedade comercial²¹.

¹³ Conclusões do AG Jacobs, caso *Abany*, proc. C-67/96, apresentadas em 28 de janeiro de 1999, para. 206.

¹⁴ Whish, 1989.

¹⁵ Jones & Sufrin, 2016.

¹⁶ *Ac. Wouters*, de 19 de fevereiro de 2002, proc. C-309/99, para. 47.

¹⁷ *Ac. Höfner e Elser/Macrotron*, de 23 de abril de 1991, proc. C-41/90, para. 21; *Ac. Akzo Nobel/Comissão*, de 10 de setembro de 2009, proc. C-97/08 P, para. 54.

¹⁸ *Ac. Laurent Piau/Comissão*, de 26 de janeiro de 2005, proc. T-193/02.

¹⁹ *Ac. Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali/Comissão*, de 30 de março de 2000, proc. T-513/93.

²⁰ No sentido, precisamente, de que o conceito adotado é um conceito funcional, Jones, 2012; Whish & Bailey, 2015.

²¹ Salientando este aspeto, Silva, 2018.

1.2. A empresa enquanto unidade económica – traços gerais da doutrina da unidade económica

No seio do Direito Europeu da Concorrência a empresa é, outrossim, perspectivada como uma unidade económica²², enquanto organização unitária de elementos pessoais, tangíveis e intangíveis, que prossegue, de forma duradoura um objetivo económico específico²³, capaz de contribuir para a violação de uma norma de Direito da Concorrência²⁴, ainda que, em termos jurídicos, essa unidade seja constituída por pessoas singulares e/ou coletivas com personalidades jurídicas distintas²⁵. Deste modo, para além de uma abordagem funcional do conceito, a jurisprudência europeia adotou também uma conceção económica do conceito.

Não obstante o conceito de unidade económica ser apresentado como um conceito unitário e uniforme, a leitura da jurisprudência dos TJUE permite-nos asseverar que no contexto das relações entre uma sociedade-mãe e uma sociedade subsidiária, a concretização da noção de unidade económica assume uma formulação específica²⁶. Por conseguinte, duas ou mais sociedades, pertencentes ao mesmo grupo²⁷, serão tratadas como apenas uma unidade económica, caso a relação entre elas seja tão próxima que, economicamente, é perfeitamente possível o seu tratamento como uma única entidade²⁸.

Nesta senda, o TJUE sustenta a existência de uma unidade económica entre uma sociedade-mãe e uma sociedade subsidiária se a última “não tem qualquer autonomia económica”²⁹ ou na eventualidade de a subsidiária não possuir “uma autonomia real na determinação de uma linha de ação no mercado”³⁰. Consequentemente, em termos substantivos, acordos e práticas concertadas entre ambas não serão objeto da proibição do Art. 101.º do TFUE, porquanto não se verifica a existência de duas ou mais empresas, conforme exigido pelo preceito³¹.

Destarte, no contexto do Direito Europeu da Concorrência, a “empresa” corresponde não tanto a uma unidade jurídica, mas sim a uma unidade económica³², pelo que a separação formal entre pessoas coletivas, que decorre das distintas personalidades jurídicas que têm, não pode sobrepor-se à conduta unificada que as mesmas, no seu conjunto, adotam no mercado³³.

²² Ac. *General Química*/Comissão, de 20 de janeiro de 2011, proc. C-90/09 P, paras. 34-36.

²³ Ac. *Shell*/Comissão, de 10 de março de 1992, proc. T-11/89, para. 311; Ac. *Akzo Nobel*/Comissão, de 12 de dezembro de 2007, proc. T-112/05, paras. 57-58.

²⁴ Ac. *Mannesman AG*/Alta Autoridade de 13 de julho de 1962, proc. 19/61, para. 371.

²⁵ Ac. *Hydrotherm*, de 12 de julho de 1984, proc. 170/83, para. 11; Ac. *General Química*/Comissão, cit., de 20 de janeiro de 2011, paras. 34 a 40.

²⁶ Salientando a especificidade do conceito no contexto de grupo de sociedades veja-se, a título de exemplo, Jones, 2012; Leuken, 2016.

²⁷ A doutrina da unidade económica foi alargada a outras situações, designadamente, às relações entre uma *joint venture* e respetivas sociedades-mãe – Thomas, 2012.

²⁸ Whish, 2015.

²⁹ Ac. *Béguelin Import/GL Import-Export*, de 25 de novembro de 1971, proc. 22/71, para. 8.

³⁰ Ac. *ICI*/Comissão, de 14 de julho de 1972, proc. C-48/69, para. 134. No mesmo sentido, *vd.*, nomeadamente, o Ac. *Centrafarm BV* e outros/*Sterling Drug*, de 31 de outubro de 1974, proc.15/74, para. 41.

³¹ Ac. *Viho Europe BV*/Comissão, de 24 de outubro de 1996, proc. C-73/95.

³² Tal como salienta Wils, 2000.

³³ Ac. *ICI*/Comissão, de 14 de julho de 1972, proc. 48/69, para. 133.

Em verdade, a perspetiva da empresa enquanto unidade económica consiste numa *fictio iuris*, cujo principal objetivo é criar um conceito comum de empresa, no seio da UE³⁴, garantindo-se, deste modo, a uniformidade na aplicação do Direito Europeu da Concorrência³⁵ e diminuindo-se, conseqüentemente, o risco de uma aplicação inconsistente dos Arts. 101.º e 102.º do TFUE, considerando as diferentes noções de personalidade jurídica concebida em cada um dos Estados Membros.

Por outro lado, esta abordagem económica do conceito de empresa está em consonância com a realidade comercial, na medida em que nem todas as interações económicas entre entidades jurídicas distintas têm relevo em matéria de concorrência^{36 37}. Em boa verdade, num contexto de grupo, bastaria a sociedade-mãe exercer os seus direitos enquanto acionista para atingir o resultado pretendido³⁸, pelo que não é possível existir concorrência entre as mesmas³⁹.

A noção de unidade económica permite, por conseguinte, garantir que o Direito Europeu da Concorrência opere apenas nas situações em que a concorrência⁴⁰ fica de facto comprometida, porquanto “seria absurdo” (Silva, 2018, p. 245) considerar que duas sociedades sujeitas a um controlo comum, apenas por terem diferentes personalidades jurídicas, seriam capazes de concorrer entre si⁴¹.

No ordenamento jurídico português, a doutrina da unidade económica encontra reconhecimento expresso no Art. 2.º, n.º 3 da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que estabelece o regime jurídico da concorrência (RJC), ao tratar “como uma única empresa o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou mantêm entre si laços de interdependência [...]”.

2. Os princípios da responsabilidade da sociedade-mãe

2.1. A rationale

Conforme anteriormente evidenciámos, em determinadas circunstâncias, uma sociedade-mãe, para efeitos do Direito Europeu da Concorrência pode constituir uma mesma unidade económica com as suas sociedades subsidiárias e, conseqüentemente, serem percebidas, para este efeito, como uma única empresa.

Contudo, pese embora as empresas, atualmente, possam surgir estruturadas através de formas complexas⁴², as decisões da CE têm de ser dirigidas a entidades com perso-

³⁴ Pace, 2014.

³⁵ Neste sentido, designadamente, o Ac. *Hagen/Einfuhr*, de 1 de fevereiro de 1972, proc. 49/71, para. 6 – “os conceitos jurídicos utilizados pelo direito comunitário devem ser interpretados e aplicados uniformemente em toda a Comunidade, salvo remissão, expressa ou tácita para o direito nacional”.

³⁶ Odudu & Bailey, 2014.

³⁷ Alguma doutrina tem vindo a discutir se as interações económicas entre divisões ou departamentos de uma mesma entidade jurídico pode ou não ter relevo para efeitos da concorrência. Em sentido afirmativo, veja-se Odudu & Bailey, 2014. Em sentido contrário, Wils, 2000.

³⁸ O’Donoghue & Padilla, 2013.

³⁹ Jones, 2012.

⁴⁰ O conceito relevante de concorrência implica interações económicas entre entidades capazes de atuarem de forma independente no mercado, tal como salienta Odudu & Bailey, 2014.

⁴¹ Ac. *Hydrotherm*, de 12 de julho de 1984, proc. C-170/83, para. 11 – “[F]or in those circumstances competition between the persons participating together, as a single party, in the agreement in question is impossible”.

⁴² Wils, 2000.

nalidade jurídica⁴³, por força do Art. 299.º do TFUE, mas também por imposição do TJ que exige a especificação da pessoa jurídica a quem será aplicada a coima⁴⁴.

Portanto, perante o conceito amplo de empresa nos termos anteriormente explanados, o qual nem sempre coincide com uma entidade dotada de personalidade jurídica, a sua limitação é um passo absolutamente primordial para que possamos determinar a pessoa singular ou coletiva a que será imputada a responsabilidade pela violação de alguma das regras substantivas de Direito Europeu da Concorrência.

Neste sentido, e como evidencia Wouter J. P. Wils, é essencial perceber onde termina uma empresa e onde começa outra, para, *inter alia*, determinar o grupo de pessoas singulares ou coletivas a quem as violações do Direito Europeu da Concorrência poderão ser imputadas⁴⁵. Deste modo, podemos concluir que, para efeitos de aplicação de coimas, é necessário fazer coincidir o conceito económico de empresa com a realidade jurídica.

Nestas circunstâncias, e perante esta necessidade, a doutrina da unidade económica tem sido utilizada como pilar para atribuir responsabilidade à sociedade-mãe por condutas praticadas pelas suas sociedades subsidiárias, precisamente por, em conjunto, formarem apenas uma única empresa⁴⁶. A regra passa, assim, a ser a desconsideração da personalidade jurídica em detrimento do conceito de pessoa coletiva, favorecendo-se, desta forma, uma análise económica do conceito de empresa⁴⁷.

Considerando o *supra* exposto, pode, assim, concluir-se que a *rationale* da imputação da responsabilidade à sociedade-mãe não reside numa ligação desta à conduta violadora, isto é, não implica que a sociedade-mãe instigue a sociedade subsidiária a violar uma regra de Direito Europeu da Concorrência, nem que participe na violação levada a cabo pela sociedade subsidiária, mas parece assentar, somente, na circunstância de as sociedades atuarem como uma unidade económica no mercado⁴⁸, devendo, por isso, serem tratadas como uma só empresa perante as autoridades da concorrência.

A jurisprudência sobre a questão ora aludida tem vindo a esclarecer quais as circunstâncias que permitem concluir pela existência de uma única entidade económica entre a sociedade-mãe e a sociedade subsidiária. A tese sufragada é a de que a responsabilidade por uma infração da sociedade subsidiária poderá ser atribuída à sociedade-mãe sempre que a primeira “não determinar de forma autónoma o seu comportamento no mercado, mas aplicar no essencial as instruções que lhe são dadas pela sociedade-mãe, atendendo, em particular, aos vínculos económicos, organizacionais e jurídicos que

⁴³ Ac. *LVM*/Comissão, de 20 de abril de 1999, proc. T-305/94, para. 978 – “(...) é necessário, para aplicação e execução das decisões, identificar uma entidade dotada de personalidade jurídica que seja destinatária do acto”.

⁴⁴ Ac. *Akzo Nobel*/Comissão, já cit., de 10 de setembro de 2009, para. 57; Ac. *Koehler*/Comissão, de 3 de setembro de 2009, proc. C-322/07 P, para. 38.

⁴⁵ Wils, 2000.

⁴⁶ Neste sentido, *vd.*, nomeadamente, Jones, 2012.

⁴⁷ Winckler, 2011.

⁴⁸ Ac. *Alliance One*/Comissão, de 27 de outubro de 2010, proc. T-24/05, para. 127.

unem essas duas entidades jurídicas”⁴⁹, como consequência do exercício de influência decisiva da sociedade-mãe sobre a subsidiária⁵⁰.

2.2. A atribuição de responsabilidade

Em termos gerais e perfunctoriamente, a atribuição de responsabilidade por uma violação do Direito Europeu da Concorrência implica que a CE comece por identificar a entidade específica envolvida na conduta violadora das normas substantivas, para que possa, posteriormente, verificar se essa entidade faz parte de um grupo mais abrangente que possa ser considerado uma unidade económica. Caso a CE conclua afirmativamente pela existência de uma unidade económica deve, por último, decidir qual a entidade, dentro dessa unidade, que será responsável pela infração, sendo certo que ter-se-á de tratar de uma entidade com personalidade jurídica⁵¹.

Na última fase do processo de atribuição de responsabilidade, pode a CE encontrar-se em condições de imputar a responsabilidade da infração levada a cabo por uma sociedade subsidiária à sociedade-mãe, sem necessidade de provar o envolvimento direto desta sociedade-mãe⁵² nessa violação das normas do Direito da Concorrência⁵³.

Por conseguinte, a sociedade-mãe pode ser solidariamente responsável⁵⁴ por infrações perpetradas pelas sociedades subsidiárias. Todavia, a CE tem a discricionariedade de responsabilizar, tanto a sociedade subsidiária, como a sociedade-mãe ou ambas, solidariamente⁵⁵.

Uma vez percebida a essência do quadro legal em que opera a imputação de responsabilidade à sociedade-mãe, cumpre averiguar em que circunstâncias poderá a CE fazê-lo, sendo certo que a violação foi cometida por uma sociedade subsidiária.

2.2.1. O princípio basilar – os conceitos elementares de “unidade económica” e de “influência decisiva”

A este respeito, urge, primeiramente, salientar que a leitura e análise da jurisprudência não permitem concluir, de forma clara e inequívoca, quais os princípios e regras que possibilitam imputar responsabilidade à sociedade-mãe por uma conduta da sociedade subsidiária. Não obstante, a doutrina, ainda que de forma não consensual, tem delineado, em traços gerais, os pressupostos que sustentam esta responsabilidade⁵⁶.

Na verdade, a escolha de palavras do TJUE em matéria de responsabilidade da sociedade-mãe deu azo a interpretações díspares no seio da doutrina. Por conseguinte,

⁴⁹ Ac. *FMC*/Comissão, de 16 de junho de 2011, proc. T-197/06, para. 96.

⁵⁰ Jones, 2012.

⁵¹ Burnley, 2010.

⁵² Nos casos em que o envolvimento da sociedade-mãe, na infração, seja ativo, a sua responsabilidade será, naturalmente, direta.

⁵³ Ac. *Akzo Nobel*/Comissão, cit., de 10 de setembro de 2009, para. 59.

⁵⁴ A título de exemplo, veja-se, neste sentido o Ac. *Siemens Österreich e VA Tech Transmission & Distribution*/Comissão, de 3 de março de 2011, Proc. T-122/07, para. 150. Salientando as questões emergentes da qualificação da responsabilidade-mãe como solidária, *vd.* Thomas, 2012.

⁵⁵ Ac. *Parker ITR e Parker-Hannifin*/Comissão, de 14 de julho de 2016, Proc. T-146/09, para. 125.

⁵⁶ Lang, 2014 – o autor afirma ser necessário relevar que não é absolutamente claro se as conclusões da jurisprudência são afirmações gerais de direito ou, se pelo contrário, dizem respeito apenas aos casos a que se reporta.

é dúbio qual o fundamento basilar da imputação de responsabilidade à sociedade-mãe, não sendo evidente quais os pressupostos que devem dar-se por preenchidos com o intuito de habilitar a CE a fazê-lo.

Considerando o exposto, a análise e interpretação da escolha de palavras nas decisões do TJUE é indispensável para que se possa aferir a conjugação que deve ser feita de dois conceitos que emergem, de forma constante, em sede de responsabilidade de sociedades-mãe, enquanto conceitos elementares desta responsabilidade – referimo-nos aos conceitos de unidade económica e de influência decisiva⁵⁷.

A. Breve evolução jurisprudencial

Deste modo, com o intuito de descortinar a articulação a ser feita entre os conceitos referidos, urge delinear, ainda que em termos perfunctórios, a evolução da jurisprudência na formulação das regras aplicáveis à responsabilidade da sociedade-mãe, salientando as decisões do TJUE com maior impacto neste contexto.

Remonta ao ano de 1972 e ao Ac. *ICI*/Comissão a primeira vez que foi afirmada a responsabilidade de uma sociedade-mãe por infrações cometidas pelas suas sociedades subsidiárias. Nesta jurisprudência o TJ confirmou o entendimento sufragado pela CE, segundo o qual a sociedade-mãe pode ser responsável por condutas violadoras do Direito Europeu da Concorrência praticadas por uma subsidiária quando esta “não determina de forma autónoma o seu comportamento no mercado, mas aplica no essencial as *instruções que lhe são atribuídas pela sociedade principal*”⁵⁸.

A jurisprudência seguinte manteve-se constante na tese ora suportada. Assim, neste relevante, era exigido à CE a prova da existência de um elemento de conexão entre o controlo exercido pela sociedade-mãe sobre a sociedade subsidiária e a infração perpetrada pela última, enquanto pressuposto da imputação da responsabilidade pela infração à sociedade-mãe. Consequentemente, a invocação da existência de uma unidade económica não bastava por si só para responsabilizar a sociedade-mãe, porquanto era necessário provar o contributo, ainda que indireto, da sociedade-mãe na transgressão do Direito Europeu da Concorrência⁵⁹.

Porém, o entendimento sufragado pelo TJ viria a alterar gradualmente. O início dessa mutação dá-se com a jurisprudência *Stora*, segundo a qual seria necessário demonstrar, *inter alia*, “a ausência de autonomia” das sociedades subsidiárias para que a responsabilidade do comportamento ilícito das mesmas pudesse ser “imputado à sociedade-mãe *em virtude do conceito de unidade económica*”⁶⁰. A decisão do TG focou-se,

⁵⁷ Referimo-nos a influência decisiva e não determinante, como surge por vezes traduzida nos Acs. em língua portuguesa, porquanto o conceito em inglês é designado como “decisive influence” e em francês “influence décisive”.

⁵⁸ Ac. *ICI*/Comissão, de 14 de julho de 1972, proc. 48/69, para. 133 (sublinhado nosso). No caso *sub judice* tinham sido provadas ordens emitidas pela sociedade-mãe às suas subsidiárias, com respeito à infração cometida.

⁵⁹ *Vd.*, exemplificativamente, o Ac. *AEG*/Comissão, de 25 de outubro de 1983, proc. 107/82, no qual o TJ atribuiu responsabilidade à sociedade-mãe por distribuição seletiva perpetrada pelas subsidiárias, na medida em que considerou ter a sociedade-mãe feito uso das sociedades subsidiárias para praticar a referida infração.

⁶⁰ Ac. *Stora Kopparbergs Bergslags*/Comissão, de 14 de maio de 1998, proc. T-354/94, para. 70 (sublinhado nosso).

assim, na explicação sobre as circunstâncias necessárias para ser afirmada a existência de uma unidade económica⁶¹ – seria necessário provar a falta de autonomia no mercado da sociedade subsidiária para se concluir pela existência dessa unidade. Não obstante, na esteira do entendimento do TG, nos casos de detenção da totalidade do capital social de uma sociedade subsidiária “presume-se o controlo da sociedade-mãe sobre a [sua] política comercial”⁶².

A transformação mais significativa do fundamento da responsabilidade da sociedade-mãe viria a verificar-se com o caso *Akzo*, num Ac. do TG de 12 de dezembro de 2007, nos termos do qual o tribunal imputou responsabilidade à sociedade-mãe de um grupo de sociedades com fundamento na doutrina da unidade económica, asseverando que é o “*facto de constituírem uma única empresa [...] que permite à Comissão considerar que a sociedade-mãe de um grupo de sociedades é destinatária da decisão que impõe coimas*”⁶³. Ademais, reiterando a (controversa) presunção do exercício de “*uma influência decisiva determinante*” nas situações em que a sociedade-mãe detém 100% do capital social da sociedade subsidiária, o TG concluiu “que constituem, *portanto*, uma única empresa na acepção do artigo 81.º CE”⁶⁴.

Com efeito, e como consequência da jurisprudência firmada no Ac. *Akzo*, as decisões seguintes tornam patente a transposição do fundamento da existência de uma única empresa, isto é, da doutrina da unidade económica, da aplicação das normas substantivas para a política de atribuição de responsabilidade⁶⁵. Destarte, em face do panorama e jurisprudência atuais, a possibilidade de responsabilizar solidariamente a sociedade-mãe parece consistir numa consequência legal da existência de uma unidade económica⁶⁶.

B. A articulação dos conceitos

A resenha delineada da evolução jurisprudencial parece evidenciar que o critério base para responsabilizar a sociedade-mãe é o da unidade económica⁶⁷. Nesse sentido, impõe-se tentar concretizar os critérios exigidos para determinar a existência de uma unidade económica e, conseqüentemente, de uma única empresa no âmbito das relações estabelecidas entre uma sociedade-mãe e uma sociedade sua subsidiária. Contudo, o conceito de influência decisiva continua, não obstante, a ser foco de atenções na jurisprudência europeia, bem como na doutrina que sobre a mesma se debruça.

Em termos gerais, e tendo em consideração a explanação anterior, uma sociedade-mãe poderá ser responsabilizada pela conduta de uma sociedade subsidiária quando a primeira exerça sobre a última influência decisiva, isto é, quando a sociedade subsi-

⁶¹ Salientando o mesmo aspeto quanto à jurisprudência invocada, veja-se Kalintiri, 2018.

⁶² Ac. *Stora Kopparbergs Bergslags*/Comissão, proc. T-354/94, já cit., para. 77.

⁶³ Ac. *Akzo Nobel* e outros/Comissão, de 12 de dezembro de 2007, proc. T-112/05, para. 58.

⁶⁴ Ac. *Akzo Nobel* e outros/Comissão *ibid.*, para. 60 (sublinhado nosso).

⁶⁵ Veja-se, a título de exemplo, o Ac. Comissão/*Siemens Österreich* e outros *et Siemens Transmission & Distribution* e outros/Comissão, de 10 de abril de 2014, proc. C-231/11 P, para 45. e o Ac. *Knauf Gips*/Comissão, de 1 de julho de 2010, proc. C-407/08 P, para. 84. Relevando o Ac. *Akzo Nobel* como o ponto de inflexão da jurisprudência, veja-se, nomeadamente, Kalintiri, 2018. A Autora faz uma clara distinção entre a tese sufragada pela jurisprudência antes e após o referido Ac.

⁶⁶ Neste sentido, Hofstetter & Ludescher, 2010.

⁶⁷ “The acid test is whether together they compose one and the same undertaking” – Joshua, Botteman & Atlee, 2012.

diária não determine de forma autónoma a sua conduta no mercado e, consequentemente, constituam apenas uma empresa na aceção do Direito Europeu da Concorrência. Essa influência decisiva tem de ter sido exercida no período durante o qual a infração foi cometida – é, por isso, indispensável ter em consideração um elemento temporal. Por outras palavras, a CE averiguará se existia ou não uma unidade económica no momento da conduta da sociedade subsidiária, sendo, por isso, irrelevante, para efeitos da responsabilidade da sociedade-mãe *vis-à-vis* a CE, que a sociedade subsidiária tenha sido posteriormente alienada a um terceiro⁶⁸.

A *vexata quaestio* é, portanto, determinar a articulação dos conceitos de unidade económica e de influência decisiva. Isto porque, efetivamente, como salienta John Temple Lang, a jurisprudência não assevera com clareza se os conceitos coincidem ou se, pelo contrário, devem ser conjugados entre si⁶⁹.

Ora, tendo em consideração as linhas jurisprudenciais *supra* expostas, poderíamos concluir que o teste da influência decisiva assume independência face ao conceito de unidade económica, pelo que, apenas após demonstrar a existência de uma unidade económica faria sentido provar o exercício de influência decisiva pela sociedade-mãe sobre a subsidiária. Seguindo esta linha de raciocínio, num primeiro momento a CE teria de provar a existência de uma unidade económica para mais tarde demonstrar o exercício de influência decisiva. Consequentemente, seria o conceito de influência decisiva a pedra de toque do regime da responsabilidade da sociedade-mãe.

Contudo, pese embora o referido teste tenha surgido para efeitos de determinar a possibilidade de imputar responsabilidade à sociedade-mãe e, numa fase inicial, se apresentasse como determinante para tratar a questão controvertida, atualmente, o fundamento dessa responsabilidade é o conceito de unidade económica. É a circunstância de a sociedade-mãe estar integrada numa unidade económica com as suas sociedades subsidiárias que permite a CE responsabilizar solidariamente a primeira por infrações cometidas por uma dessas subsidiárias⁷⁰.

Destarte, cremos que, em face da jurisprudência hodierna, a principal função do conceito de influência decisiva é, atualmente, a de permitir determinar se as sociedades constituem ou não uma unidade económica⁷¹. Não esquecendo, contudo, a falta de clareza da jurisprudência, é possível asseverar que a CE, bem como o TJUE, se amparam no teste da influência decisiva para determinar se a sociedade subsidiária tem ou não autonomia na determinação da sua conduta no mercado⁷². Concludentemente, o referido

⁶⁸ Janka, 2016. Na jurisprudência, nomeadamente, o Ac. *ThyssenKrupp Nirosta*/Comissão, de 29 de março de 2011, proc. C-352/09 P, para. 143 e o Ac. *Cascades*/Comissão, de 16 de novembro de 2000, proc. C-279/98 P, para. 78.

⁶⁹ Lang, 2014. O Autor coloca ainda a possibilidade de os conceitos serem fundamentos alternativos de responsabilidade da sociedade-mãe.

⁷⁰ Defendendo o argumento da unidade económica como fundamento para a responsabilidade da sociedade-mãe, veja-se, na doutrina, Lang, 2014; Hordijk & Evans, 2010; Ost, 2014; Thomas, 2012; Riesenkampff & Krauthausen, 2010; Koenig, 2018; Burnley, 2010; Pace, 2014.

⁷¹ Joshua, Botteman & Atlee, 2012.

⁷² Hofstetter, 2010.

conceito possibilita a identificação de uma unidade económica para efeitos de imputação de responsabilidade à sociedade-mãe⁷³.

Identificada essa unidade através da aplicação do conceito de influência decisiva, o teste permite, sem mais, responsabilizar a sociedade-mãe por uma infração da sociedade subsidiária⁷⁴, tratando-se, por isso esta responsabilidade de “uma manifestação de um efeito de pleno direito do conceito de empresa”⁷⁵. De facto, o único conceito relevante para atribuir responsabilidade à sociedade-mãe não poderia ser apenas o de unidade económica, pois isso significaria que, então, uma qualquer sociedade dessa mesma unidade poderia ser responsabilizada pela conduta de uma outra, o que, claramente, não tem vindo a suceder na jurisprudência⁷⁶.

Em suma, a interpretação mais coerente parece ser a de que o conceito de unidade económica é o conceito elementar da responsabilidade da sociedade-mãe, sendo o teste da influência decisiva a explicação para a existência dessa unidade em sede de imputação de responsabilidade no contexto de um grupo de sociedades⁷⁷.

Deste modo, o conceito de unidade económica que surge, num primeiro momento, para definir a “empresa” do Direito Europeu da Concorrência na aplicação das normas substantivas do TFUE, num segundo momento, revelou-se como argumento central para a responsabilidade solidária da sociedade-mãe por condutas violadoras das sociedades subsidiárias.

Não obstante o princípio basilar ser sempre o mesmo – a unidade económica – a prova a ser feita pelas autoridades da concorrência será diferente consoante a relação existente entre a sociedade-mãe e a sociedade-subsidiária⁷⁸. Deste modo, sempre que a sociedade-mãe detenha 100% (ou perto de 100%) do capital social da sociedade subsidiária, pode presumir-se o exercício efetivo de influência decisiva pela sociedade-mãe sobre a conduta daquela. Porém, nos casos em que a presunção não seja aplicável, terá de ser demonstrado o exercício efetivo dessa influência “com base num conjunto de elementos de facto, entre os quais, em particular, o poder de direção exercido pela ou pelas sociedades-mãe”⁷⁹.

Uma vez provado ou presumido o exercício efetivo da influência decisiva sobre a sociedade subsidiária⁸⁰, a CE tem um poder discricionário quanto à aplicação da sanção,

⁷³ Salientando que onde se verifica o exercício da influência decisiva, verifica-se a existência de uma unidade económica responsável pela infração, Burnley, 2010.

⁷⁴ Veja-se, a este propósito, a formulação do TJUE, no Ac. *Akzo Nobel/Comissão*, de 10 de setembro de 2009, proc. C-97/98 P, paras. 58 e 59, nos termos da qual a sociedade subsidiária não determina de forma autónoma a sua conduta no mercado, estando antes submetida ao exercício de influência decisiva pela sociedade-mãe “porque, nessa situação a sociedade-mãe e a sua filial fazem parte de uma mesma unidade económica e, portanto, formam uma única empresa, na aceção da jurisprudência mencionada nos n.ºs 54 e 55 do presente acórdão”.

⁷⁵ Ac. *Areva e outros/Comissão*, de 10 de abril de 2014, processos apensos C-247/11 P e C-253/11 P, para. 122.

⁷⁶ Neste sentido, Odudu & Bailey, 2014.

⁷⁷ Salientando o mesmo aspeto e a aparente confusão de conceitos, *vd.* Lang, 2014. O Autor, após constatar a confusão de conceitos, conclui que os mesmos devem constituir apenas um único teste e não dois.

⁷⁸ Salientando, precisamente, este aspeto, *vd.* Oliveira & Ferro, 2010.

⁷⁹ Ac. *Fuji Electric System Co Ltd/Comissão*, de 12 de julho de 2011, proc. T-132/07, para. 181.

⁸⁰ O *onus probandi* destes dois elementos recai sobre a CE.

podendo dirigi-la apenas à sociedade subsidiária ou, em alternativa, também à sociedade-mãe, existindo, por isso, responsabilidade solidária entre as sociedades⁸¹.

2.2.2. O teste da influência decisiva

Neste contexto, na ausência do facto gerador da presunção, mister será demonstrar a verificação de dois requisitos⁸² a fim de ser possível atribuir a responsabilidade à sociedade-mãe, por uma conduta levada a cabo pela sociedade subsidiária. Num primeiro momento é necessário existir a possibilidade de a sociedade-mãe exercer influência decisiva sobre a sociedade subsidiária. Todavia, diversamente do que sucede em matéria de concentrações, não basta a mera possibilidade, é ainda imperativo a sociedade-mãe ter efetivamente exercido essa influência decisiva⁸³.

Ainda assim, pese embora a sua essencialidade, o conceito de influência decisiva não surge definido no TFUE, tampouco no Regulamento (CE) n.º 139/2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas, pelo que é mister compreender qual o seu alcance.

O conceito de influência decisiva, inicialmente, era determinado por referência à atuação da sociedade subsidiária no mercado – se a sociedade subsidiária atuasse de forma independente no mercado, então não constituiria uma unidade económica com a sociedade-mãe; se pelo contrário, a sociedade subsidiária tem de suportar, em todos os aspetos materiais, as instruções dadas pela sociedade-mãe, não é independente e, consequentemente, constituirão uma unidade económica⁸⁴.

Todavia, atualmente, o conceito é entendido de uma forma mais ampla, tendo o TJ esclarecido que a falta de autonomia da sociedade subsidiária no mercado não pode ser o único elemento capaz de permitir a atribuição de responsabilidade à sociedade-mãe – é apenas um dos sinais de existência da unidade económica. Assim, para além deste elemento, urge ter também em consideração os vínculos jurídicos, organizacionais e legais que unem as sociedades da unidade económica, os quais devem ser aferidos casuisticamente⁸⁵.

Por conseguinte, a jurisprudência não é absolutamente clara quanto às circunstâncias suscetíveis de concluir pela existência de exercício efetivo de influência decisiva. Note-se que mesmo a formulação mais atual do conceito é composta por termos inde-

⁸¹ Jones, 2012.

⁸² Neste sentido, Oliveira & Ferro, 2010. Na jurisprudência, designadamente, Ac. *ICI*/Comissão, cit., para. 137 e Ac. *AEG*/Comissão, de 25 de outubro de 1983, proc. 107/82, para. 50.

⁸³ Existe, assim, uma dupla solução, uma vez que à luz do Regulamento relativo às concentrações de empresas é suficiente a *possibilidade* de exercício da influência decisiva para que se verifique uma concentração. Alguma doutrina tem sido crítica quanto a este duplo critério, sustentando não existirem razões que justifiquem a diferença de tratamento da influência decisiva nestes dois domínios, para além de defenderem que a aplicação consistente do Direito da Concorrência requer, até, que o conceito seja aplicado de forma uniforme – *vd.*, para um maior desenvolvimento, Wils, 2000.

⁸⁴ Ac. *ICI*/Comissão, cit., para. 133; Ac. *Centrafarm*/*Sterling Drug*, de 31 de outubro de 1974, proc. 15/74, para. 41; Ac. *Hydrotherm*, já cit., de 12 de julho de 1984, para. 11; Ac. *Shell*/Comissão, já cit., de 10 de março de 1992, para. 311.

⁸⁵ Ac. *Akzo Nobel*/Comissão, cit., proc. C-97/08 P, paras. 72 a 75.

terminados podendo agravar a incerteza jurídica inerente à problemática que aqui tratamos, no contexto atual⁸⁶.

Todavia, neste relevante, tem sido salientado pela doutrina os fatores capazes de sustentar o exercício da influência decisiva, de entre os quais salientamos a percentagem de capital detida na sociedade, os direitos de voto, instruções dadas pela sociedade-mãe à subsidiária⁸⁷.

2.2.3. A presunção *Stora*⁸⁸

A. Situações de detenção de 100% do capital social da sociedade subsidiária

Nos casos em que a sociedade-mãe detém 100% da sociedade subsidiária (ainda que indiretamente, através de outras entidades intermediárias)⁸⁹, presume-se que ambas constituem uma unidade económica e que a primeira exercia, no momento da conduta violadora do Direito Europeu da Concorrência, uma influência decisiva na última, porquanto se assume que, nestas circunstâncias, a sociedade subsidiária segue, necessariamente, uma política que é determinada pela sociedade-mãe⁹⁰. Posto isto, a presunção não passa de uma consequência da existência de uma unidade económica⁹¹.

As raízes desta presunção remontam já ao ano de 1983, à jurisprudência *AEG*⁹², na qual ficou definido o conteúdo da mesma. Todavia, foi apenas no *Ac. Stora*⁹³ que o TJ tornou clara a existência de uma presunção ilidível⁹⁴, nos termos anteriormente explanados⁹⁵.

A presunção *Stora* desde cedo suscitou uma dúvida cuja resposta não tem merecido o consenso no seio da doutrina⁹⁶: a presunção vale por si só, permitindo automaticamente estabelecer a responsabilidade da sociedade-mãe ou deve ser exigido à CE provas adicionais de que esta sociedade exercia efetivamente um controlo decisivo na atividade da sociedade subsidiária?

Ora, a contenda tem a sua origem no para. 29 da jurisprudência aludida, no qual se lê “[...] perante a detenção da totalidade do capital desta, aquele Tribunal podia legitimamente supor, como sublinhou a Comissão, que a sociedade-mãe exercia efetivamente uma influência determinante sobre o comportamento da sua filial, *especialmente* depois

⁸⁶ Neste sentido, Lang, 2014.

⁸⁷ Burnley, 2010.

⁸⁸ A expressão “The *Stora* Presumption” é retirada do artigo “When parents pay for their children’s wrongs: Attribution of liability for EC antitrust infringements in parent-subsiary scenarios”, já cit.

⁸⁹ *Vd.*, exemplificativamente, o *Ac. General Química* e outros/Comissão, de 20 de janeiro de 2011, Proc. C-90/09 P, para. 87, bem como o *Ac. Eni*/Comissão, de 8 de maio de 2013, proc. C-508/11 P, para 48.

⁹⁰ Conclusões da AG Kokott, apresentadas em 23 de abril de 2009, para. 52.

⁹¹ Pace, 2014.

⁹² *Ac. AEG*/Comissão, de 25 de outubro de 1983, proc. 107/82, para. 50.

⁹³ *Ac. Stora*/Comissão, de 16 de novembro de 2000, proc. C-286/98.

⁹⁴ É precisamente por esse motivo que designámos a presunção de presunção *Stora*, conforme o fazem Montesa & Givaja, 2006.

⁹⁵ O TJ tem vindo a reiterar esta presunção, nomeadamente, no *Ac. BPB Industries*/Comissão, de 6 de abril de 1995, proc. C-310/93 P, para. 11.

⁹⁶ Montesa e Givaja, 2006.

de ter observado, no n.º 85 do acórdão recorrido, que a recorrente se tinha apresentado no procedimento administrativo [...]”⁹⁷.

A expressão “especialmente” permitiu a alguns autores interpretar este excerto no sentido de recair sobre a CE, para além da prova de detenção de 100% do capital social da sociedade subsidiária, a apresentação de factos que suportassem o exercício de influência decisiva pela sociedade-mãe⁹⁸. Nesse sentido, parte da doutrina tem vindo a defender que a presunção carece de evidências adicionais que suportem a existência de exercício de influência decisiva sobre a sociedade subsidiária⁹⁹.

Porém, existem vozes que sustentam ser a presunção suficiente para ser atribuída responsabilidade à sociedade-mãe¹⁰⁰.

Não obstante a querela, a questão parece ter sido solucionada pela decisão proferida no âmbito do caso *Akzo*, em 2007. O TJ afirmou nesse Ac. ser suficiente a prova de que o capital social da sociedade subsidiária é totalmente detido pela sociedade-mãe, para se poder concluir que esta exerce uma influência decisiva na política comercial da primeira¹⁰¹.

Nesse sentido, tem a CE o caminho facilitado quanto ao *onus probandi* para a prova do exercício efetivo da influência decisiva, porquanto apenas terá de provar a total¹⁰² detenção da sociedade subsidiária pela sociedade-mãe a fim de, posteriormente, atribuir responsabilidade à sociedade-mãe por uma conduta praticada pela sociedade subsidiária. Não obstante, ainda que a presunção seja aplicável, a CE não está impedida de justificar a sua decisão noutro tipo de prova ou através de uma conjugação da presunção e de prova de que a influência decisiva foi efetivamente exercida.

Destarte, e à luz do panorama de incerteza descrito, a decisão do TJ no âmbito do caso *Akzo* representou a clareza há muito desejada no que respeita a um dos aspetos mais debatidos no contexto da responsabilidade de grupo.

Efetivamente, a presunção *Stora* tem sido uma importante ferramenta para a CE, designadamente, no combate aos cartéis, porque impede que uma sociedade-mãe delegue, secretamente, a prática de uma conduta violadora do Direito Europeu da Concorrência a uma sociedade subsidiária, com autonomia no mercado. Deste modo, tem sido percecionada como uma criação do Direito Europeu da Concorrência, com o intuito de ultrapassar as dificuldades de prova com que a CE se debatia¹⁰³, garantindo, por isso,

⁹⁷ Sublinhado nosso.

⁹⁸ Também o TG parece ter seguido a linha de raciocínio do Ac. *Stora*, na jurisprudência *Bolloré – Ac. Bolloré/Comissão*, de 26 de abril de 2007, proc. T-109/02 – ao estabelecer que “o elemento relativo à detenção da totalidade do capital da filial, embora constitua um indício forte de que a sociedade-mãe detém um poder de influência determinante no comportamento da filial no mercado, não basta, só por si, para permitir imputar a responsabilidade do comportamento da filial à sociedade-mãe” (para. 132).

⁹⁹ Em defesa desta posição mais restritiva veja-se os paras. 40 e 48 das Conclusões do AG Mischo, apresentadas em 18 de maio de 2000. No mesmo sentido, *vd.*, também, conclusões do AG Bot, apresentadas em 26 de outubro de 2010.

¹⁰⁰ Montesa & Givaja, 2006.

¹⁰¹ Ac. *Akzo Nobel/Comissão*, cit., de 10 de setembro de 2009, para. 61.

¹⁰² Ou quase total, como veremos adiante.

¹⁰³ Conclusões da AG Kokott, já cit., paras. 72 e 75.

a eficiência das regras deste ramo do Direito, bem como o efeito dissuasor das coimas aplicadas pelas autoridades¹⁰⁴.

Porém, esta jurisprudência não ficou isenta de críticas por parte da literatura, tendo em conta, designadamente, a dificuldade em ilidir a presunção¹⁰⁵, como adiante veremos.

B. Situações de detenção quase total do capital social da sociedade subsidiária

Conforme resulta do exposto *supra*, a presunção tem sido aplicada a situações em que a sociedade-mãe detém a totalidade do capital social da sociedade subsidiária. Todavia, apesar de não ser inequívoco, pode suceder que seja possível a sua aplicação também nos casos de apenas quase-detenção¹⁰⁶.

Ora, o TJ, no Ac. *ICI/Comissão*, concluiu que a sociedade-mãe exercia influência decisiva na sociedade subsidiária, porquanto “detinha, na época considerada, a totalidade ou, em todo o caso, a *maioria* do capital destas filiais”¹⁰⁷. Nesse sentido, o TJ considerava, *prima facie*, ser suficiente a sociedade-mãe deter a maioria do capital da sociedade subsidiária.

Nesta senda, a política da CE tem sido a de aplicar também nestas circunstâncias a presunção a que aludimos, na medida em que, quando se verifica uma detenção quase-total a sociedade subsidiária, à semelhança do que sucede quando a detenção é total, não determina a sua conduta no mercado e, como tal, não é autónoma¹⁰⁸.

Para além da CE, o TG tem igualmente vindo a sufragar o entendimento segundo o qual também é possível a aplicação da presunção *Stora* às situações de quase detenção, tendo, inclusive, feito uso deste mecanismo numa situação de 98% de detenção do capital social da sociedade subsidiária pela sociedade-mãe¹⁰⁹.

Verdadeiramente primordial não é tanto determinar se a sociedade subsidiária é totalmente detida pela sociedade-mãe, mas sim aferir se esta tem ou não a possibilidade e o interesse no controlo daquela. Nesse sentido, o facto de uma sociedade-mãe deter não 100% do capital social, mas uma percentagem superior a 95% não será, aparentemente, suficiente para que se assevere o afastamento da aplicação da presunção¹¹⁰. Nestas circunstâncias pode verificar-se que todas as decisões de política são tomadas pela sociedade-mãe.

Decerto, a não aplicação da presunção às situações de quase-controlo da sociedade subsidiária poderia motivar a sociedade-mãe a proceder à venda de parte do capital social que detém na sociedade subsidiária, com o intuito de garantir uma detenção de

¹⁰⁴ Pace, 2014.

¹⁰⁵ Neste sentido, Hordijk & Evans, 2010 afirmam, de forma sugestiva, que a jurisprudência Akzo deixou um “sabor amargo” relativamente à presunção.

¹⁰⁶ Referimo-nos às situações em que a sociedade-mãe detém pelo menos 95% das ações da sociedade subsidiária.

¹⁰⁷ Ac. *ICI/Comissão*, de 14 de julho de 1972, proc. 48/69, para. 136 (sublinhado nosso).

¹⁰⁸ Islentyeva, 2011.

¹⁰⁹ Ac. *Arkema/Comissão*, proc. n. ° T-168/05, para. 70.

¹¹⁰ Montesa & Givaja, 2006.

capital social em percentagem não superior a 90% garantindo, desta forma, a não aplicação da presunção¹¹¹.

Todavia, urge não olvidar a enorme dificuldade em ilidir a presunção. Destarte, cremos ser fulcral uma utilização ponderada da presunção *Stora*. É essencial que essa utilização tenha sempre no seu horizonte os objetivos que a sustentam e, assim, pensemos ser necessário aferir, casuisticamente, se os interesses dos acionistas minoritários são ou não insignificantes¹¹².

C. A natureza i(ni)lidível da presunção

Provada a detenção pela sociedade-mãe da quase totalidade do capital social da sociedade subsidiária, nos termos anteriormente explanados, caberá, então, à primeira ilidir a presunção demonstrando “que não constituem uma única entidade económica”¹¹³.

A simplicidade da afirmação encerra em si um dos grandes debates sobre as regras gerais que presidem à responsabilização da sociedade-mãe: a possibilidade de ilidir a presunção assente na jurisprudência do TJUE.

A posição adotada pelo TJ no caso *Akzo*, pese embora tenha trazido os esclarecimentos já há muito desejados pela doutrina, deu aso a um enorme debate na literatura. Na sequência dessa decisão, a questão mais importante que se suscitou foi a de saber que provas devem as sociedades apresentar para ilidir a presunção.

Na verdade, a natureza ilidível da presunção foi estabelecida no Ac. *Stora*¹¹⁴ e reforçada pelo julgamento no caso *Akzo*. Deste modo, uma vez utilizada a presunção pela CE, há uma inversão do ónus da prova, cabendo às empresas ilidirem-na, apresentando provas concretas de que, apesar de deterem a totalidade (ou quase-totalidade) do capital social da sociedade subsidiária não exerceram efetivamente influência decisiva nesta sociedade¹¹⁵. Isto é, em teoria, existe a possibilidade de a sociedade-mãe ilidir a presunção, provando que a subsidiária não obedece a instruções dirigidas pela sociedade-mãe, atuando, conseqüentemente, de forma autónoma no mercado. Todavia, não resulta de forma clara da jurisprudência do TJUE quais as provas que uma empresa deve deduzir para que consiga ilidir a presunção¹¹⁶.

De facto, o principal motivo para que a presunção seja difícil de ilidir reside na interpretação ampla que o TJUE tem vindo a fazer do conceito de afetação individual, conforme anteriormente referido.

Assim, à luz dessa noção abrangente, em contexto de grupo de sociedades, a decisão caberá sempre, em última instância, à sociedade-mãe, mesmo em grupos com estruturas mais descentralizadas¹¹⁷. Aliás, é precisamente nesse sentido que Wouter P. J. Wils

¹¹¹ Montesa & Givaja, 2006.

¹¹² Cf. Burnley, 2010.

¹¹³ Ac. *Akzo Nobel* e outros/Comissão, já cit., de 10 de setembro de 2009, para. 65. A formulação parece indicar que o conceito central é o conceito de unidade económica.

¹¹⁴ Para. 29 do Ac. A natureza ilidível da presunção foi confirmada, designadamente, no Ac. *Arkema/Comissão*, de 29 de setembro de 2011, proc. C-520/09 P e no Ac. *Elf Aquitaine/Comissão*, de 29 de setembro de 2011, proc. C-521/09 P.

¹¹⁵ Neste sentido, Montesa & Gicaja, 2006.

¹¹⁶ Thomas, 2012.

¹¹⁷ Joshua, Botteman & Atlee, 2012.

salienta que dirigir instruções à sociedade subsidiária ou ordenar que a mesma se comporte de forma independente no mercado são apenas duas formas distintas de a empresa mãe exercer controlo sobre a sociedade subsidiária¹¹⁸.

Ademais, nem o TJUE, nem a CE determinaram, de forma exaustiva, quais os elementos suscetíveis de ilidir a presunção. A única referência explícita de circunstâncias suscetíveis de o fazer remonta às conclusões da AG Kokott, apresentadas no âmbito do caso *Akzo*: a sociedade-mãe ser uma sociedade de investimentos e atuar como mero investidor financeiro; a sociedade-mãe ter, a título transitório e durante um curto período, uma participação de 100% na sociedade subsidiária; a sociedade-mãe estar legalmente impedida de exercer plenamente o seu controlo a 100% sobre a sociedade subsidiária¹¹⁹. Acresce a este elenco, uma outra circunstância referida pelo TJ: a desobediência da sociedade subsidiária às instruções dadas pela sociedade-mãe¹²⁰.

Porém, a doutrina tem salientado que o escopo de aplicação destas circunstâncias é extremamente limitado¹²¹ e, por isso, as sociedades não têm tido sucesso em afastar a presunção. Consequentemente, na prática, a CE poderá sempre considerar uma sociedade-mãe solidariamente responsável pelas condutas violadoras do Direito Europeu da Concorrência perpetradas pelas sociedades subsidiárias.

Neste contexto, tem-se verificado, em alguma jurisprudência, uma tentativa de argumentar a impossibilidade absoluta de ilidir a presunção, tratando-se, por isso, de uma verdadeira *probatio diabolica*¹²². Não obstante, o TJUE afirma reiteradamente a legalidade da presunção, porquanto ainda que as sociedades, em geral, sejam capazes de apresentar provas suscetíveis de a ilidir, isso não significa que a mesma não possa ser afastada¹²³.

Em face desta, pelo menos aparente, impossibilidade, as sociedades têm tentado fazer uso dos direitos fundamentais aplicáveis à aplicação de coimas no contexto do Direito Europeu da Concorrência para demonstrar a ilegalidade da presunção. Porém, tal argumento é, *prima facie*, difícil de convencer o TJUE¹²⁴.

Contudo, esta jurisprudência teve um impacto positivo na ordem jurídica europeia¹²⁵, quanto ao grau de fundamentação exigido à CE, quando imputa responsabilidade à empresa mãe. O TJ, nesse sentido, estabeleceu que as decisões da CE devem conter uma exposição dos fundamentos que em concreto são suscetíveis de permitir essa imputação de responsabilidade à empresa mãe¹²⁶.

¹¹⁸ Wils, 2000.

¹¹⁹ Conclusões da AG Kokott, já cit., nota de rodapé 62.

¹²⁰ Cf. Ac. *BMW Belgium*/Comissão, de 12 de julho de 1979, processos apensos 32/78 e 36/78 a 82/78.

¹²¹ Horidijk & Evans, 2010.

¹²² Ac. *Elf Aquitaine*/Comissão, já cit., para. 70.

¹²³ *Vd.*, neste sentido, Ac. *Elf Aquitaine*/Comissão, já cit., paras. 62 e 66.

¹²⁴ Como sucedeu, designadamente, no Ac. *Elf Aquitaine*/Comissão, já cit. Recentemente, veja-se o Ac. *Villeroy e Boch*/Comissão, de 26 de janeiro de 2017, proc. C-625/13 P, para. 149, rejeitando a tese sustentada pela recorrente segundo a qual a presunção violava, nomeadamente, os princípios da presunção de inocência e da legalidade dos crimes e das penas.

¹²⁵ Neste sentido, Leupold, 2013.

¹²⁶ Ac. *Elf Aquitaine*/Comissão, cit., para. 152.

Efetivamente, o TJ, nos julgamentos seguintes, anulou decisões tanto da CE, como do TG por falta de fundamentação ao rejeitar as circunstâncias que as empresas apresentam com o intuito de ilidir a presunção¹²⁷.

Assim, aquilo que na jurisprudência *Akzo* foi asseverado como sendo uma presunção autossuficiente, no sentido de se bastar a si própria, não se exigindo das autoridades provas adicionais que sustentem o exercício efetivo de influência decisiva, é, atualmente, uma presunção que exige à CE uma discriminação pormenorizada dos fundamentos que a levam a concluir pela imputação da responsabilidade à sociedade-mãe, bem como dos argumentos que lhe permitem recusar as circunstâncias apresentadas pelas sociedades enquanto suscetíveis para ilidir a presunção *Stora*.

Capítulo II – Análise crítica do fundamento da responsabilidade da sociedade-mãe

1. As implicações da abordagem europeia

O quadro legal no qual tem vindo a ser imputada responsabilidade à sociedade-mãe, e que procurámos expor de forma prudente no Capítulo anterior, tem sido a origem de um aceso debate no seio da doutrina.

Mau grado a noção de unidade económica ter nascido da interpretação do Art. 101.º do TFUE, a sua aplicação não se reflete apenas no alcance substantivo desse preceito, mas tem também importantes consequências em matéria de aplicação de coimas.

A doutrina da unidade económica tem permitido, *inter alia*, e conforme anteriormente salientámos, a possibilidade de responsabilizar solidariamente a sociedade-mãe por uma infração levada a cabo por uma das suas sociedades subsidiárias.

Em sede de *public enforcement*¹²⁸, esta possibilidade permite à CE aplicar uma coima de montante superior, porquanto para além de ser tido em consideração o volume de negócios do grupo no seu total, e não apenas o da sociedade subsidiária envolvida na infração, o respetivo montante máximo, sendo 10% do volume de negócios (Art. 23.º, n.º 2 do Regulamento (CE) n.º 1/2003), será necessariamente superior¹²⁹. Acresce que, existe uma maior probabilidade de as sociedades verem as coimas serem agravadas em consequência de uma situação de reincidência. Isto porque, pode a CE considerar existir uma situação de reincidência na prática de infrações, ainda que a sociedade-mãe não tenha sido objeto de um processo anterior¹³⁰, na medida em que a referência para uma possível situação de reincidência é o grupo como um todo e não apenas a sociedade que violou o Direito Europeu da Concorrência.

Considerando o quadro anteriormente delineado, a possibilidade de imputar responsabilidade à sociedade-mãe por uma conduta levada a cabo por uma sociedade sub-

¹²⁷ Pace, 2014.

¹²⁸ Conforme anteriormente referido, o escopo da nossa análise compreende somente a responsabilidade da sociedade-mãe no contexto do *public enforcement*, ficando, deste modo, excluídas as eventuais consequências da aplicação da doutrina da unidade económica para efeitos de *private enforcement*.

¹²⁹ Ac. *Akzo Nobel* e outros/Comissão, proc. T-112/05, cit., para. 90.

¹³⁰ Neste sentido, veja-se, designadamente, Ac. Comissão e outros/*Versalis* e outros, de 5 de março de 2015, proc. C-93/13 P, para. 91.

sidiária é um aspeto crucial na aplicação de coimas pela CE, porque, aparentemente, permite garantir o objetivo primordial das mesmas – a dissuasão¹³¹.

Não olvidando a importância do instituto da responsabilidade da sociedade-mãe, é, no entanto, por demais evidente que as consequências são gravosas para as sociedades e para o funcionamento dos grupos. Nesse sentido, a imputação de responsabilidade à sociedade-mãe, ancorada no conceito de empresa e em conceitos delineados a partir do mesmo (designadamente, o conceito de influência decisiva) não pode suceder sem limites e em termos discricionários.

2. Crítica à aplicação dos conceitos de unidade económica e de influência decisiva à responsabilidade da sociedade-mãe

Percebida a singularidade que o instituto da responsabilidade da sociedade-mãe apresenta no contexto do Direito Europeu da Concorrência torna-se fundamental, por um lado, compreender se a doutrina da unidade económica e o conceito de influência decisiva são adequados para sustentar essa mesma responsabilidade e, por outro, indagar se a responsabilidade da sociedade-mãe, tal como delineada pelo TJUE, colide com os princípios da responsabilidade pessoal, da culpa e da presunção de inocência (*in dubio pro reo*).

2.1. Da não adequação da aplicação do conceito de unidade económica em matéria de responsabilidade

Amparados nas linhas enunciadas pela jurisprudência, o ponto de partida será indagar se a ampla definição dos conceitos de unidade económica e de influência decisiva se apresentam como solução exegética para atribuir responsabilidade à sociedade-mãe, no contexto do Direito Europeu da Concorrência. O emprego tão abrangente destes conceitos para esse efeito impõe delinear quais os seus limites “sob pena de autorizar os mais variados abusos de discricionariedade no exercício de poderes sancionatórios” (Silva, 2018, p. 262).

Recentemente, o TJ reiterou a visão segundo a qual o conceito de empresa se trata de um “conceito autónomo da União” devendo, conseqüentemente, serem as empresas, na aceção do Art. 101.º, n.º 1 do TFUE, as responsáveis pelo pagamento de coimas, bem como pelo pagamento de indemnização num contexto de *private enforcement*¹³².

A concretização do conceito de unidade económica tem vindo a ser tratada pelos TJUE em sede de dois problemas distintos, emergentes da aplicação do Direito Europeu da Concorrência. Uma dessas linhas jurisprudenciais procura delimitar o âmbito de aplicação das normas substantivas do Direito Europeu da Concorrência, tendo, por isso,

¹³¹ Defendendo o efeito dissuasor como o objetivo principal das coimas veja-se Islentyeva, 2011.

¹³² Ac. *Skanska Industrial Solutions*, anteriormente cit., paras. 29 e 47. Pese embora a decisão tenha como objeto o princípio da continuidade, para efeitos de *private enforcement*, constitui um importante marco no Direito da Concorrência, ao sustentar que o conceito de empresa, tanto no domínio público, como no domínio privado, deve ser ancorado no conceito de unidade económica. Neste relevante, o AG Nils Wahl, nas suas conclusões apresentadas em 6 de fevereiro de 2019, no referido processo, considera “a aplicação pública e a aplicação privada do direito da concorrência (...) um sistema de execução completo (...) que deve ser considerado como um todo” (para. 76).

como objetivo primordial determinar se a conduta de uma ou mais entidades constitui, para efeitos deste ramo do Direito Europeu, a conduta de uma ou de mais empresas. A outra debruça-se sobre a controvertida questão de determinar se a responsabilidade pela infração de uma entidade pode ser imputada a uma outra entidade que pertença à mesma unidade económica e, conseqüentemente, à mesma empresa.

Para que possa ser aferida a adequação do conceito de unidade económica para efeitos de imputação de responsabilidade à sociedade-mãe por infrações praticadas pelas sociedades subsidiárias, urge ter em consideração a política que subjaz a aplicação do conceito nesta sede.

Ora, conforme anteriormente salientado, a definição do conceito de empresa surge, da necessidade de interpretar a aplicação da proibição do Art. 101.º do TFUE de acordo com a realidade comercial e económica¹³³. Destarte, a doutrina da unidade económica surge como uma teoria apropriada para determinar os comportamentos que estão abrangidos pelo escopo da norma referida. Efetivamente, um grupo de sociedades atua no interesse do grupo como um todo¹³⁴, pelo que não faria sentido considerar como abrangidos pelo disposto no Art. 101.º do TFUE as condutas praticadas entre as sociedades pertencentes ao mesmo¹³⁵.

Precisamente por fazerem parte de uma mesma unidade económica a *ratio* da interpretação deste conceito reside em não abranger no seu âmbito de aplicação os acordos e as práticas concertadas realizadas entre as sociedades dessa unidade, porquanto seguem necessariamente uma política comum¹³⁶ – as relações entre sociedades do mesmo grupo ficam, assim, à margem da aplicação do Direito da Concorrência¹³⁷.

Porém, pese embora a questão de determinar os limites da aplicação do Art. 101.º do TFUE seja distinta do problema da imputação de responsabilidade à sociedade-mãe¹³⁸, a análise da jurisprudência do TJUE permite epilogar no sentido de que o conceito de empresa, enquanto unidade económica, tem vindo a ser concretizado nos mesmos termos em ambos os contextos¹³⁹.

Efetivamente, não se nega a emergente necessidade de ser garantida a coerência e clareza do Direito Europeu da Concorrência através de uma interpretação uniforme dos conceitos. A igual interpretação do conceito de “empresa” tanto na aplicação das normas substantivas, como na aplicação das normas processuais (sejam elas de *public* ou de *private enforcement*) permite assegurar uma aplicação consistente do Direito da UE pela CE, bem como pelo TJUE. Contudo, urge ter em consideração os objetivos da aplicação do conceito nos diferentes contextos.

¹³³ Note-se que, a doutrina da unidade económica nunca foi aplicada para além do contexto do Direito da Concorrência – neste sentido, Koenig, 2018.

¹³⁴ Hordijk & Evans, 2010.

¹³⁵ O conceito de interesse de grupo (o designado “corporate interest”) é um conceito familiar do Direito Societário. Salientando que, num contexto de grupo de sociedades, o interesse do grupo surge num plano anterior ao do interesse de cada uma das sociedades individualmente, veja-se Engrácia Antunes, 1994, p. 107.

¹³⁶ Jones, 2012b.

¹³⁷ Para Silva, 2018, p. 261, “o Direito da Concorrência torna-se neutro quanto à forma das relações intra-empresariais”.

¹³⁸ Jones, 2012b; Odudu & Bailey, 2014.

¹³⁹ Neste sentido, *vd.* Jones, 2012b.

Assim, em matéria de aplicação de coimas não parece ser possível ancorar, igualmente, a interpretação do conceito de empresa na necessidade de excluir as realidades que não interferem com a concorrência no mercado, porquanto essa exclusão foi já feita num momento prévio, aquando da determinação da aplicação ou não das normas substantivas do Direito Europeu da Concorrência. Concludentemente, a pedra de toque aquando da definição do conceito de empresa parece residir em determinar quando será adequado ignorar a personalidade jurídica da entidade autora da infração, com o intuito de imputar responsabilidade a uma entidade distinta daquela¹⁴⁰.

Considerando o exposto, a aplicação do conceito de unidade económica nas normas sancionatórias não parece estar alicerçada numa explicação lógica¹⁴¹. O conceito foi, por isso, “transposto acriticamente”¹⁴² das normas substantivas para o quadro legal da aplicação de coimas.

2.2. Da contradição com o duplo objetivo das coimas

As coimas, no Direito Europeu da Concorrência, têm um duplo carácter¹⁴³: devem ser dissuasoras, assegurando, em simultâneo, a punição do infrator pela conduta praticada.

À possibilidade de imputar responsabilidade à sociedade-mãe tem sido apontado como efeito positivo o facto de favorecer o efeito dissuasor¹⁴⁴. Tem-se sustentado, neste relevante, a aplicação de coimas em montantes elevados enquanto condição necessária para fomentar um maior controlo das sociedades-mãe no sentido de impedirem as suas subsidiárias de perpetrarem condutas violadoras do Direito Europeu da Concorrência.

Porém, é contestável poder asseverar-se a garantia daqueles objetivos através da imputação da responsabilidade da sociedade-mãe, nos termos em que tem vindo a ser aplicada pelo TJUE. Pelo contrário, a imputação de responsabilidade à sociedade-mãe pode representar um paradoxo em termos de dissuasão.

Por um lado, a responsabilidade da sociedade-mãe não tem garantido, de forma eficaz, os objetivos a que, aparentemente, se propõe. Pese embora se afigure como lógico que quanto mais elevada a coima aplicada, maior será o efeito de dissuasão na sociedade que cometeu a infração, torna-se difícil de compreender de que conduta se pretende dissuadir a sociedade-mãe, considerando que, conforme já explanado, a CE não tem o dever de demonstrar o envolvimento direto e pessoal desta na infração que se pretende punir¹⁴⁵. Por conseguinte, a coima aplicada nem sempre teria o primordial efeito dissuasor, nem o efeito punitivo – não se punia o infrator; não se dissuadia o responsável pela infração a não voltar a cometê-la.

Por outro lado, pode suceder que a coima tenha, em determinadas circunstâncias, um efeito excessivamente dissuasor. Conforme tivemos já oportunidade de salientar, os

¹⁴⁰ Jones, 2012b.

¹⁴¹ *Vd.*, neste sentido, Ost, 2014, salientando a crítica da doutrina alemã relativamente à aplicação do conceito de unidade económica à imputação de responsabilidade à sociedade-mãe.

¹⁴² Hofstetter e Ludescher, 2010, p. 57.

¹⁴³ La Rocca, 2011.

¹⁴⁴ A título de exemplo, veja-se a posição defendida por Oliveira & Ferro, 2010.

¹⁴⁵ Salientando o paradoxo descrito, Thomas, 2012.

efeitos da aplicação da doutrina da unidade económica à responsabilidade da sociedade-mãe permitem à CE ter em consideração, para o cálculo da coima, o volume de negócios consolidado do grupo, o que, por vezes, pode representar uma coima demasiado onerosa comparativamente com a que seria adequada para assegurar o nível correto de dissuasão¹⁴⁶.

Para além do *supra* exposto, tem-se verificado a incapacidade de as sociedades-mãe serem bem-sucedidas, em sede de recurso das decisões da CE, na sua pretensão de verem afastada a respetiva responsabilidade, provando a adoção de medidas para prevenir condutas *antitrust* no seio do grupo¹⁴⁷. Deste modo, se não existe um comportamento alternativo que sociedade-mãe pudesse ter adotado com o intuito de evitar a infração, então, parece não ser na dissuasão que a responsabilidade da sociedade-mãe encontra a sua razão de ser¹⁴⁸.

3. Considerações de *lege ferenda*

Em face do exposto, não pode deixar de se relevar que, em todo o caso, não existe certeza jurídica na aplicação do instituto da responsabilidade da sociedade-mãe e, consequentemente, está a ser hipotecada a segurança jurídica na aplicação do Direito Europeu da Concorrência¹⁴⁹. Isto porque, seja por aplicação da presunção *Stora*, seja por aplicação dos conceitos de unidade económica e influência decisiva, no panorama atual as sociedades não são capazes de, *a priori*, determinar se serão ou não responsáveis por condutas praticadas pelas suas sociedades subsidiárias.

No âmbito do direito privado as sociedades são pessoas coletivas distintas dos seus membros, são centros de imputação de direitos e obrigações, com personalidade jurídica própria¹⁵⁰, a qual apenas poderá ser desconsiderada, enquanto *ultimum remedium*, preenchidos requisitos restritos.¹⁵¹ Contrariamente, o caminho trilhado no contexto europeu manifesta uma total desconsideração pela forma jurídica das sociedades como consequência de uma preferência da aplicação económica dos conceitos relevantes.

Não obstante, nesta senda, é mister não olvidar a especificidade do Direito Europeu da Concorrência e a harmonização já conseguida no mesmo. Os conceitos possuem contornos económicos e o formalismo das normas substantivas tem vindo a ser atenuado por uma abordagem mais económica¹⁵². Torna-se, por isso, difícil defender uma prevalência total dos princípios gerais do Direito Societário em detrimento das regras cons-

¹⁴⁶ Neste sentido, *vd.* La Rocca, 2011.

¹⁴⁷ Criticando a desconsideração dos programas de cumprimento das normas de Direito da Concorrência (os designados “compliance programmes”), veja-se Hofstetter & Ludescher, 2010. O Autor salienta, aliás, que a Comissão considerou já a existência dos referidos programas como fator agravante da prova do exercício de influência decisiva.

¹⁴⁸ Thomas, 2012.

¹⁴⁹ Lang, 2014 – “It is not clear, even in theory, what policy principles the case law is based on”. Chamando à colação o Art. 7.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, veja-se Montesa & Givaja, 2006.

¹⁵⁰ Consequentemente, estão, em regra, protegidas pelo princípio da responsabilidade limitada – salientando este aspeto, Koenig, 2018.

¹⁵¹ Salientando a aplicação do princípio da responsabilidade limitada em matéria de grupos de sociedades noutros domínios do Direito da UE, veja-se Oliveira & Ferro, 2010.

¹⁵² Para Silva, 2018, 116 “a aplicação das regras de concorrência europeias mostra uma tentativa de decantação de um modelo (...), o modelo da *workable competition*, conjugando-o com os imperativos da integração económica que, afinal de contas, são a razão de ser do TFUE, incluindo as regras de concorrência”.

truídas pela prática do TJUE e da CE¹⁵³. Aliás, a Diretiva (UE) 2019/1, do Parlamento e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018 impõe a cada Estado-Membro que seja aplicável o conceito de empresa na aplicação de coimas às sociedades-mãe¹⁵⁴, reiterando, desta forma, a especificidade que o conceito de empresa assume no Direito Europeu da Concorrência.

Outrossim, no Ac. *Skanska*¹⁵⁵, o TJ clarificou que o conceito de empresa é transversal a todo o Direito da Concorrência e deriva diretamente do Art. 101.º do TFUE¹⁵⁶. Consequentemente, tanto em sede de aplicação de coimas, como em sede de ações de responsabilidade civil por danos, o conceito de empresa relevante é o que resulta da interpretação do TJUE sobre o Art. 101.º do TFUE.

A desconsideração da personalidade jurídica das entidades integradas numa mesma unidade económica e consequente imputação de responsabilidade à sociedade-mãe pode, em determinadas circunstâncias, ser defensável de uma perspetiva dissuasora, punitiva e eficiente do Direito Europeu da Concorrência. Efetivamente, a aplicação estrita do princípio da responsabilidade legal e da separação das entidades como consequência inerente às suas diferentes personalidades jurídicas, poderia retirar a eficácia das normas de concorrência, na medida em que, designadamente, as sociedades poderiam facilmente eximir-se de responsabilidade, encerrando as subsidiárias ou reestruturando o grupo a que pertencem¹⁵⁷.

Todavia, a responsabilidade da sociedade-mãe não pode nem deve ser uma consequência *ipso jure* da mera existência de uma unidade económica. Efetivamente, a existência de uma unidade económica poderá ser tida como pressuposto necessário, mas não suficiente para imputar responsabilidade à sociedade-mãe. Ainda que este exercício de imputação pela CE se baseie no mesmo facto em que se baseia a unidade económica, isto é, na falta de autonomia da sociedade subsidiária no mercado, deve, contudo, alicerçar-se em algo mais. Isto porque, na verdade, é característico dos grupos de sociedades a circunstância de a sociedade-mãe exercer, de alguma forma, influência sobre a sociedade subsidiária, pelo que, ainda que uma sociedade subsidiária seja independente, apenas o será por permissão da sua sociedade-mãe¹⁵⁸.

Deste modo, e tendo em consideração o explanado até então, é imprescindível ponderar um quadro legal alternativo, capaz de acolher os ensinamentos proeminentes da Economia sem, contudo, desatender na completude os princípios aplicáveis em direito privado. Ademais, o fundamento alternativo deve coadunar-se com os objetivos da aplicação de coimas¹⁵⁹ no contexto do Direito Europeu da Concorrência e com os conceitos de culpa e responsabilidade pessoal.

¹⁵³ Islentyeva, 2011.

¹⁵⁴ Art. 13.º, n.º 5.

¹⁵⁵ Já cit.

¹⁵⁶ Ainda que o Ac. se debruce sobre o princípio da continuidade, para efeitos de responsabilidade das empresas nas ações de responsabilidade civil, esclarece algumas questões importantes para o tema que aqui nos ocupa.

¹⁵⁷ Ferro, 2017.

¹⁵⁸ Wils, 2000.

¹⁵⁹ Neste contexto, Burnley, 2010, 613, salienta o aspeto dissuasor como objetivo primordial do instituto daquilo que designa como “responsabilidade de grupo”, em detrimento do carácter punitivo, como consequência

3.1. Responsabilidade pela violação de um dever de vigilância

Não se nega que, naturalmente, uma sociedade-mãe, no contexto de um grupo de sociedades, seja a entidade mais habilitada para influenciar as suas subsidiárias a praticar infrações do Direito Europeu da Concorrência¹⁶⁰. Assim sendo, será também certamente a entidade com maior capacidade para evitar essas infrações.

Se a responsabilidade pela conduta de uma sociedade subsidiária pode ser atribuída à sociedade-mãe, então, tendo em consideração o duplo objetivo das coimas, tal responsabilidade apenas faria sentido se sustentada numa conduta culposa (a título de dolo ou negligência), porquanto apenas deste modo seria atingido um verdadeiro *effet utile* das normas substantivas do Direito Europeu da Concorrência.

Nesse sentido, responsabilizar a sociedade-mãe, por uma conduta praticada por uma sua subsidiária, em violação de um dever de vigilância que incumbe à primeira parece promover um maior controlo e diligência no cumprimento das regras substantivas de Direito da Concorrência no seio de um grupo de sociedades¹⁶¹. Deste modo, para além das situações em que a responsabilidade mãe é responsável por ter participado direta e ativamente na infração, teria também responsabilidade sempre que a subsidiária violasse o Direito Europeu da Concorrência e, cumulativamente, ficasse provado o não cumprimento de regras de vigilância (e de prevenção¹⁶²) pela dita. Assim, ainda que para efeitos de aplicação das normas substantivas o conceito de empresa assumisse contornos estritamente económicos – enquanto unidade económica – para efeitos de aplicação de coimas teríamos em consideração, de forma individual, as sociedades que constituem o grupo¹⁶³.

Aliás, até recentemente, no ordenamento jurídico alemão, a responsabilidade de uma sociedade-mãe apenas seria possível se baseada num dever de supervisão, não relevando, nessa medida, a doutrina da unidade económica¹⁶⁴. Neste contexto, a autoridade da concorrência alemã conseguia, através de uma noção conhecida do Direito Societário, assegurar, ainda assim, o objetivo dissuasor das coimas, incentivando a criação de programas de cumprimento das normas de Direito da Concorrência¹⁶⁵.

Pese embora a teoria ora proposta não tenha ainda merecido acolhimento expresso na jurisprudência do TJUE, nem nas decisões da CE, em determinados acórdãos foi já afirmada a obrigação da sociedade-mãe “impedir a continuação da infração cuja existência não ignorava”¹⁶⁶.

ência do fim regulatório que o mesmo assume.

¹⁶⁰ Wils, 2013.

¹⁶¹ Propondo semelhante abordagem, Kalintiri, 2018.

¹⁶² Thomas, 2012. O Autor apresenta uma alternativa semelhante, ainda que não baseada num dever de supervisão, mas sim de prevenção.

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ Ost, 2014.

¹⁶⁵ Porém, as alterações introduzidas à lei da concorrência alemã (GWB), através da 9.^a alteração à mesma, que entraram em vigor a 9 de junho de 2017, implicaram a introdução do conceito de “influência decisiva” no ordenamento alemão. A alteração pretendeu, assim, garantir a possibilidade de responsabilizar a sociedade-mãe nos termos em que tem vindo a suceder no seio da UE – neste sentido, Ferro, 2017.

¹⁶⁶ Ac. *Stora/Comissão*, proc. T-354/94, já cit., para. 83.

Ademais, a formulação dos Arts. 101.º e 102.º do TFUE não afasta um dever de vigilância das sociedades-mãe contra o risco de comportamentos *antitrust*, parecendo, pelo contrário, acolhê-lo, porquanto, como consequência inerente das referidas proibições surge sobre a sociedade-mãe não só a obrigação de fazer cessar a infração, mas também a de prevenir a prática de tal conduta pela empresa, enquanto unidade económica¹⁶⁷.

Como destaca Bruce Wardaugh, o foco do TJUE e da CE na análise da possibilidade de imputar responsabilidade à sociedade-mãe tem recaído, essencialmente, na noção de “controlo positivo”, isto é, na possibilidade de a sociedade-mãe impedir a sociedade subsidiária de praticar uma determinada conduta. Já aquilo que designa como “controlo negativo”, ou seja, a capacidade de a sociedade-mãe prevenir a subsidiária de infringir o Direito Europeu da Concorrência, tem permanecido à margem da análise feita em sede de concorrência¹⁶⁸.

Ora, o Art. 23º, n.º 2 do Regulamento (CE) n.º 1/2003 habilita a CE a aplicar coimas às empresas “sempre que, *deliberadamente ou por negligência*”¹⁶⁹ pratiquem uma conduta contrária às proibições vertidas nos Arts. 101.º e 102.º. As coimas, por sua vez, apenas podem ser aplicadas a entidades com personalidade jurídica, pelo que, pela simples leitura do preceito, podemos concluir ser exigida a culpa das sociedades a quem são dirigidas as coimas, ainda que a título negligente¹⁷⁰.

Neste contexto, a pedra de toque da responsabilidade da sociedade-mãe passaria, portanto, por indagar se a sociedade-mãe estaria em condições de impedir a perpetração da infração, assim que tomou conhecimento da mesma, ou, na eventualidade de não ter tido conhecimento dessa infração, se estaria habilitada a detetar a mesma, de modo a fazer cessar a infração¹⁷¹. Esta análise devia ser feita ainda que a sociedade-mãe detivesse a (quase) totalidade do capital social da sociedade subsidiária¹⁷². A CE, num primeiro momento, deveria provar a existência de uma unidade económica, pois só assim parece ser exigível à sociedade-mãe um dever de vigilância. Posteriormente, identificada essa unidade económica, a CE teria de provar o exercício de uma influência decisiva, considerando igualmente a sua vertente positiva (através, por exemplo, da emissão de ordens no sentido de infringir as normas substantivas) e a sua vertente negativa, nos termos em que explanámos. Propomos, assim, uma abordagem díspar do conceito de influência decisiva e uma maior concretização dos seus contornos, sob pena de assistirmos a uma enorme discricionariedade por parte da CE na aplicação de coimas.

¹⁶⁷ Neste sentido, Ost, 2014.

¹⁶⁸ Wardaugh, 2017.

¹⁶⁹ Sublinhado nosso.

¹⁷⁰ Como sublinhado por Cleynenbreugel, 2014 o conceito de “empresa” no Art. 23.º, n.º 1 do Regulamento (CE) n.º 1/2003, por este motivo, deve ser percebido como uma pessoa coletiva, isto é, dotada de personalidade jurídica.

¹⁷¹ O que pode suceder caso a sociedade-mãe demonstre “que se manteve à distância e não interferiu no comportamento comercial” da subsidiária e que, por isso, não estava em condições de exercer o referido dever de vigilância, por ser, por exemplo, apenas como um mero investidor financeiro – *Ac. Akzo Nobel/ Comissão*, proc. C-97/08 P, para. 75 e nota de rodapé 67.

¹⁷² Creemos, com o devido respeito por opinião em contrário, que a circunstância de uma sociedade deter 100% do capital social de outra sociedade prova apenas a existência de uma unidade económica, por demonstrar a falta de autonomia da segunda na sua conduta no mercado. Porém, não faz prova do exercício da influência decisiva, nem na sua vertente positiva, nem na sua vertente negativa.

Deste modo, seria assegurada uma responsabilidade pessoal, baseada em culpa, ao invés de uma responsabilidade por atos de terceiros e objetiva¹⁷³, garantindo-se, conseqüentemente, o caráter dissuasor das coimas. Em verdade, se as razões de Direito não convencem a abordagem proposta em detrimento da que tem vindo a ser observada no contexto europeu, tenha-se em consideração o objetivo dissuasor *ex ante*. Se, através das coimas aplicadas é pretendido dissuadir os infratores, afigura-se como coerente valorizar a monitorização das sociedades-mãe sobre as sociedades subsidiárias, com o intuito de promover, de forma apropriada, o cumprimento escrupuloso das normas do Direito Europeu da Concorrência¹⁷⁴. Apenas fará sentido responsabilizar uma sociedade-mãe se a mesma tinha um poder de vigilância sobre a sociedade subsidiária¹⁷⁵.

Naturalmente, não se pretende apresentar uma alternativa exímia e irrepreensível. Este seria apenas o mote para uma nova abordagem ao dogma fundamental da responsabilidade das sociedades-mãe – seria, por isso, necessário um aprimoramento, através da jurisprudência do TJUE e das decisões da CE, delineando-se os contornos deste sugerido conceito de influência decisiva e determinando-se o grau, bem como o padrão de vigilância exigido.

Conclusão

A possibilidade de atribuir responsabilidade a uma sociedade-mãe por uma infração do Direito Europeu da Concorrência, levada a cabo por uma sociedade subsidiária, é um dos temas mais controversos no contexto deste domínio do Direito. Efetivamente, a jurisprudência do TJUE e prática da CE têm traçado um caminho espinhoso neste contexto, o que tem provocado um enorme número de litígios a este respeito.

Pressuposto desta responsabilidade é a existência de uma unidade económica. Nesse sentido, crucial é determinar se a entidade que esteve efetivamente envolvida na prática da violação do Direito Europeu da Concorrência se insere num conjunto mais abrangente que possa ser considerado como uma única empresa. Todavia, a complexidade da questão reside, desde logo, em limitar o escopo deste conceito – o que é, afinal, uma unidade económica em matéria de aplicação de coimas?

Todavia, nem o TJUE, nem a CE foram capazes de, até ao momento, determinar de forma nítida e com contornos bem definidos os princípios e fundamentos basilares do regime de imputação de responsabilidade a uma sociedade-mãe, sem haver necessidade de provar o seu envolvimento pessoal. Para além disso, e conforme procurámos expor, à doutrina da unidade económica parece faltar a força exegética para explicar esta responsabilidade.

Mau grado todas as críticas apontadas quanto ao atual regime legal, verifica-se não ser absolutamente inequívoco, por um lado, quais os elementos suscetíveis de preencher

¹⁷³ Salientando que a anterior solução alemã, por exigir culpa (dolosa ou negligente) permitia assegurar os referidos princípios, veja-se Janka, 2016.

¹⁷⁴ Defendendo uma responsabilidade baseada em culpa negligente, salientando, para o efeito, a relevância dos programas de “Best Practice Compliance”, Hoftsetter & Ludescher, 2010.

¹⁷⁵ Neste sentido, *vd. Ac. Dow Chemical/Comissão*, de 2 de fevereiro de 2012, proc. T-77/08, para. 101 – “the Court considers that as a result of the parent company’s power of supervision, the parent company has a responsibility to ensure that its subsidiary complies with the competition rules”.

os latos conceitos de unidade económica e influência decisiva para este efeito e, por outro lado, quais os factos capazes de contrariar a imputação de responsabilidade à sociedade-mãe, designadamente, quais são as circunstâncias que permitem ilidir a presunção *Stora*.

Destarte, considerando o atual estado do direito e à luz do princípio da legalidade, será necessária uma maior clarificação e definição dos princípios e regras que regem a possibilidade de ser atribuída responsabilidade à sociedade-mãe. Torna-se, indubitavelmente, imperativo delinear um quadro legal consistente no qual as sociedades, os atores do Direito Europeu da Concorrência, sejam capazes de determinar, *a priori*, as circunstâncias aptas e permitir uma desconsideração da personalidade jurídica e consequente imputação da responsabilidade por uma conduta na qual não participaram.

Não se nega a possibilidade de impor coimas às sociedades-mãe por condutas que hajam sido praticadas pelas suas subsidiárias¹⁷⁶, porquanto permite à CE impor coimas mais elevadas, garantindo a efetividade do Direito Europeu da Concorrência. Porém, é certo que, responsabilizando-se a sociedade-mãe, em última instância, as coimas serão suportadas pelos acionistas da mesma que, em verdade, tinham a possibilidade de controlar a conduta da subsidiária. Não obstante, urge não olvidar que os operadores económicos surgem, atualmente, em estruturas cada vez mais complexas, dentro das quais uma sociedade-mãe pode não saber que uma das suas sociedades subsidiárias violou uma norma de Direito da Concorrência. E se assim for, responsabilizar a sociedade-mãe em termos tão latos e vagos, como tem vindo a suceder, para além de colidir com o princípio da responsabilidade pessoal¹⁷⁷, pode não ser um meio adequado para cumprir as finalidades que, aparentemente subjazem a esta extensão de responsabilidade – a dissuasão e a punição.

O conceito de “empresa” emergente das normas de Direito Europeu da Concorrência é um “conceito autónomo”¹⁷⁸ e *sui generis*. A responsabilidade da sociedade-mãe, por atos nos quais não esteve envolvida, afigura-se como meio necessário para garantir o efeito útil das normas de Direito da Concorrência. Assim sendo, a concretização do conceito de influência decisiva baseada num dever de vigilância, *prima facie*, permite acolher os ensinamentos da Economia, sem, contudo, desconsiderar as problemáticas questões que têm vindo a ser suscitadas.

¹⁷⁶ O disposto nos n.º 1 e n.º 5 do Art. 13.º da Diretiva (UE) 2019/1 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018 reforça a aplicação do conceito de empresa para efeitos de “aplicação de coimas a sociedades-mãe”.

¹⁷⁷ Thomas, 2012.

¹⁷⁸ Ac. Skanska Industrial Solutions, já cit., para. 47.

Bibliografia

ANTUNES, J.E. (1994). *Liability of corporate groups. Autonomy and control in parent-subsidiary relationships in US, German and EU law. An international and comparative perspective*. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers.

BURNLEY, R. (2010). Group liability for antitrust infringements: Responsibility and accountability. *World Competition*, vol. 33, n. ° 4, 2010, pp. 595-614.

CLEYNENBREUGEL, P. (2014). Article 101 TFEU and the EU courts: Adapting legal form to the realities of modernization. *Common Market Law Review*, vol. 51, pp. 1382-1435.

FERRO, M.S. (2017). The Portuguese ‘sausage gap’: Parent company liability for antitrust infringements not yet assured in Portugal. *European Competition and Regulatory Law Review*, vol. 1, n.° 3, pp. 266-268.

HOFSTETTER, K. & LUDESCHER, M. (2010). Fines against parent companies in EU anti-trust law: Setting incentives for “best practice compliance”. *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 33, n.° 1, pp. 55-75.

HORDIJK, E.H.P. & EVANS, S.J.H. (2010). The Akzo case: Up a corporate tree for parental liability for competition law infringements – Case C-97/08 P, Akzo Nobel and Others v. Commission. *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 1, n. ° 2, pp. 126-129.

ISLENTYEVA, E. (2011). Like father like son – The parental liability under the EU competition law today. *Global Antitrust Review*, n.° 4, pp. 99-115.

JANKA, S.F. (2016). Parent company liability in German and EU competition law: Two worlds apart? *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 7, n.° 9, pp. 614-619.

JONES, A. (2012a). Drawing the boundary between joint and unilateral conduct. *Research handbook in international competition law*, pp. 393-425.

JONES, A. (2012b). The boundaries of an undertaking in EU competition law. *European Union Competition Journal*, vol. 8, n.° 2, pp. 301-331.

JONES, A. & SURFIN, B. (2016). *EC competition law – Text, cases, and materials*, 3.^a Edição. Oxford: Oxford University Press.

JOSHUA, J., BOTTEMAN, Y. & ATLEE, L. (2012). “You can’t beat the percentage” – The parental liability presumption in EU cartel enforcement. *The European Antitrust Review*, pp. 3-12.

KALINTRY, A. (2018). Revisiting parental liability in EU competition law. *European Law Review*, vol. 43, n.° 2, pp. 160-162.

KOENING, C. (2018). Comparing parent company liability in EU and US competition law. *World Competition*, vol. 41, n.° 1, pp. 69-100.

LANG, J.T. (2014). How can the problem of the liability of a parent company for price fixing by a wholly-owned subsidiary be resolved? *Fordham International Law Journal*, vol. 37, n. ° 5, pp. 1481-1524.

LEUKEN, R. (2016). Parental liability for cartel infringements committed by wholly-owned subsidiaries: Is the approach of the European Court of Justice in *Akzo Nobel* also relevant in a private-law context? *European Review of Private Law*, vol. 24, n.° 3 e 4, pp. 513-527.

LEUPOLD, B. (2013). Effective enforcement of EU competition law gone too far? Recent case law on the presumption of parental liability. *European Competition Law Review*, vol. 34, n.° 11, pp. 570-582.

MONTESA, A. & GIVAJA, A. (2006). When parents pay for their children's wrongs: Attribution of liability for EC antitrust infringements in parent-subsidiary scenarios. *World Competition*, vol. 29, n.º 4, pp. 555-574.

O'DONOGHUE, R. & PADILLA, J. (2013). *The law and economics of article 102 TFEU*, 2.^a Edição. Oxford: Hart Publishing.

ODUDU, O. & BAILEY, D. (2014). The single economic entity doctrine in EU competition law. *Common Market Law Review*, vol. 51, n.º 6, pp. 1721-1758.

OLIVEIRA, A.P. & FERRO, M.S. (2010). The sins of the son: Parent company liability for competition law infringements. *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 3, pp. 53-92.

OST, K. (2014). From Regulation 1 to Regulation 2: National enforcement of EU cartel prohibition and the need for further convergence. *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 5, n.º 3, pp. 125-136.

PACE, L.F. (2014). The parent-subsidiary relationship in EU antitrust law and the AEG Telefunken presumption: Between the effectiveness of competition law and the protection of fundamental rights. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, vol. 7, pp. 191-208.

RIESENKAMPFF, A. & KRAUTHAUSEN, U. (2010). Liability of parent companies for anti-trust violations of their subsidiaries. *European Competition Law Review*, vol. 31, n.º 1, pp. 38-41.

ROCCA, L. (2011). The controversial issue of the parent company liability for the violation of EC competition rules by the subsidiary. *European Competition Law Review*, vol. 32, n.º 2, pp. 68-76.

SILVA, M.M. (2018). *Direito da concorrência*, 1.^a Edição. Lisboa: AAFDL Editora.

THOMAS, S. (2012). Guilty of a fault that one has not committed. The limits of the group-based sanction policy carried out by the Commission and the European Courts in EU-antitrust law. *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 3, n.º 1, pp. 11-28.

WHISH, R. (1989). *Competition law*, 2.^a Edição. Londres: London Butterworths.

WHISH, R. & BAILEY, D. (2015). *Competition law*, 9.^a Edição. Oxford: Oxford University Press.

WILS, W.W. (2013). Antitrust compliance programmes & optimal antitrust enforcement. *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 1, n.º 1, pp. 52-81.

WILS, W.W. (2000). The undertaking as subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons. *European Law Review*, vol. 25, pp. 99-116.

WINCKLER, A. (2011). Parent's liability: New case extending the presumption of liability of a parent company for the conduct of its wholly owned subsidiary. *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 2, n.º 3, pp. 231-233.

WARDAUGH, B. (2017). Punishing parents for the sins of their children: Extending EU competition liability in groups and subcontractors. *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 5, n.º 1, 2017, pp. 22-48.

Jurisprudência

Acórdão Béguelin Import/GL Import-Export, de 25 de novembro de 1971, Processo 22/71.

Acórdão do Tribunal de Justiça, AEG/Comissão, de 25 de outubro de 1983, Processo 107/82.

Acórdão do Tribunal de Justiça, Akzo Nobel/Comissão, de 10 de setembro de 2009, Processo C-97/08 P.

Acórdão do Tribunal de Justiça, Areva e outros/Comissão, de 10 de abril de 2014, Processos apensos C-247/11 P e C-253/11 P.

Acórdão do Tribunal de Justiça, Arkema/Comissão, de 29 de setembro de 2011, Processo C-520/09 P.

Acórdão do Tribunal de Justiça, BMW Belgium/Comissão, de 12 de julho de 1979, Processos apensos 32/78 e 36/78 a 82/78.

Acórdão do Tribunal de Justiça, BPB Industries/Comissão, de 6 de abril de 1995, Processo C-310/93 P.

Acórdão do Tribunal de Justiça, Cascades/Comissão, de 16 de novembro de 2000, Processo C-279/98 P.

Acórdão do Tribunal de Justiça, Centrafarm BV/Sterling Drug, de 31 de outubro de 1974, Processo 15/74.

Acórdão do Tribunal de Justiça, Comissão e outros/Versalis e outros, de 5 de março de 2015, Processo C-93/13 P.

Acórdão do Tribunal de Justiça, Comissão/Siemens Österreich e outros e Siemens Transmission & Distribution e outros/Comissão, de 10 de abril de 2014, Processo C-231/11 P.

Acórdão do Tribunal de Justiça, Elf Aquitaine, de 29 de setembro de 2011, Processo C-521/09 P.

Acórdão do Tribunal de Justiça, Eni/Comissão, de 8 de maio de 2013, Processo C-508/11 P.

Acórdão do Tribunal de Justiça, General Química e outros/Comissão, de 20 de janeiro de 2011, Processo C-90/09 P.

Acórdão do Tribunal de Justiça, Hagen/Einfuhr, de 1 de fevereiro de 1972, Processo 49/71.

Acórdão do Tribunal de Justiça, Höfner e Elser/Macrotron, de 23 de abril de 1991, Processo C-41/90.

Acórdão do Tribunal de Justiça, Hydrotherm, de 12 de julho de 1984, Processo 170/83.

Acórdão do Tribunal de Justiça, ICI/Comissão, de 14 de julho de 1972, Processo C-48/69.

Acórdão do Tribunal de Justiça, Knauf Gips/Comissão, de 1 de julho de 2010, Processo C-407/08 P.

Acórdão do Tribunal de Justiça, Koehler/Comissão, de 3 de setembro de 2009, Processo C-322/07 P.

Acórdão do Tribunal de Justiça, Mannesman AG/Alta Autoridade, de 13 de julho de 1962, Processo 19/61.

Acórdão do Tribunal de Justiça, NV Koninklijke KNP BT/Comissão de 16 de novembro de 2000, Processo C-248/98 P

Acórdão do Tribunal de Justiça, Skanska Industrial Solutions e outros/Comissão, de 14 de março de 2019, Processo C-724/17.

Acórdão do Tribunal de Justiça, Stora/Comissão, de 16 de novembro de 2000, Processo C-286/98.

Acórdão do Tribunal de Justiça, ThyssenKrupp Nirosta/Comissão, de 29 de março de 2011, Processo C-352/09 P.

Acórdão do Tribunal de Justiça, Viho Europe BV/Comissão, de 24 de outubro de 1996, Processo C-73/95.

Acórdão do Tribunal de Justiça, Villeroy e Boch/Comissão, de 26 de janeiro de 2017, Processo C-625/13 P.

Acórdão do Tribunal de Justiça, Wouters, de 19 de fevereiro de 2002, Processo C-309/99.

Acórdão do Tribunal Geral, Akzo Nobel/Comissão, de 12 de dezembro de 2007, Processo T-112/05.

Acórdão do Tribunal Geral, Alliance One International/Comissão, de 27 de outubro de 2010, Processo T-24/05.

Acórdão do Tribunal Geral, Arkema/Comissão, de 30 de setembro de 2009, Processo T-168/05.

Acórdão do Tribunal Geral, Bolloré/Comissão, de 26 de abril de 2007, Processo T-109/02.

Acórdão do Tribunal Geral, Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali/Comissão, de 30 de março de 2000, Processo T-513/93.

Acórdão do Tribunal Geral, Dow Chemical/Comissão, de 2 de fevereiro de 2012, Processo T-77/08.

Acórdão do Tribunal Geral, FMC/Comissão, de 16 de junho de 2011, Processo T-197/06.

Acórdão do Tribunal Geral, Fuji Electric System Co Ltd/Comissão, de 12 de julho de 2011, Processo T-132/07.

Acórdão do Tribunal Geral, Laurent Piau/Comissão, de 26 de janeiro de 2005, Processo T-193/02.

Acórdão do Tribunal Geral, LVM/Comissão, de 20 de abril de 1999, Processo T-305/94.

Acórdão do Tribunal Geral, Parker ITR e Parker-Hannifin/Comissão, de 14 de julho de 2016, Processo T-146/09.

Acórdão do Tribunal Geral, Shell/Comissão, de 10 de março de 1992, Processo T-11/89.

Acórdão do Tribunal Geral, Siemens Österreich e VA Tech Transmission & Distribution/Comissão, de 3 de março de 2011, Processo T-122/07.

Conclusões do Advogado Geral

Conclusões do Advogado Geral F. G. Jacobs, Processo C-67/96, apresentadas em 28 de janeiro de 1999.

Conclusões do Advogado Geral Jean Mischo, Processo C-286/98 P, apresentadas em 18 de maio de 2000.

Conclusões da Advogada Geral Juliane Kokott, Processo C-97/08 P, apresentadas em 23 de abril de 2009.

Conclusões do Advogado Geral Yves Bot, Processos apensos C-201/09 P e C-216/09 P, apresentadas em 26 de outubro de 2010.

**O encerramento do processo de insolvência
na exoneração do passivo restante**

António Conde Lencastre

Sob a orientação da
Professora Doutora Maria do Rosário Epifânio

Há mais algumas outras coisas sobre as quais gostaria de escrever. A primeira delas diz respeito à minha falência. Há alguns dias, ouvi – com grande desapontamento, devo admitir – que é muito tarde para a tua família pagar ao teu pai, que isso seria ilegal e, dessa forma, devo permanecer mais um bom tempo nessa situação penosa na qual me encontro. Isso dá-me uma grande amargura, porque as autoridades legais garantiram-me que não poderei sequer publicar um livro sem antes pedir a autorização ao Síndico da massa falida, a quem devem ser submetidas todas as contas. Não posso assinar contrato com um empresário teatral nem produzir uma peça sem que o dinheiro recebido passe para as mãos do teu pai ou para os meus outros credores. Tu mesmo admitirás agora que o esquema de “bater” o teu pai, permitindo-lhe levar-me à falência, não resultou naquele tão rotundo e brilhante sucesso que esperavas. Pelo menos para mim não foi, e os meus sentimentos de dor e a minha humilhação diante da pobreza deveriam ter sido levados em consideração em vez do seu sentido de humor, por mais cáustico e surpreendente que ele pudesse ser. [...] Porém, é óbvio que devemos pagar por tudo aquilo que fazemos. E isso vale até para os falidos. Pareces acreditar que a falência é uma das formas mais convenientes pela qual um homem pode deixar de pagar as suas dívidas, uma forma de “bater os credores”. É exatamente o contrário. É o meio pelo qual os credores de um homem o “batem”, para continuar a usar a tua frase favorita, pelo qual a lei, confiscando-lhe todas as propriedades, o força a pagar todas as dívidas e, se não o conseguir, deixa-o tão pobre como o mais pobre dos pedintes que se obrigam debaixo dos arcos ou se arrastam pela estrada, estendendo a mão à caridade, o que em Inglaterra têm medo de fazer. A lei tirou-me tudo o que possuía – os meus livros, os móveis, os quadros, os direitos de autor das minhas obras publicadas e das minhas peças. Despojou-me de tudo isso desde o Príncipe Feliz e o Leque de Lady Windermere até à passadeira da minha escadaria e ao capacho da minha porta – e de tudo o que possa vir a ter. O meu dote de casamento, por exemplo, foi vendido. Felizmente que consegui torná-lo a comprar através dos meus amigos. De outra forma, em caso de morte da minha mulher, os meus dois filhos ficariam durante a minha vida tão pobres como eu. Penso que a minha parte na propriedade irlandesa, que o meu próprio pai me transmitiu, será a próxima a levar o mesmo caminho. Sinto amargamente a sua venda, mas tenho de me resignar.

Oscar Wilde, *Carta a Bosie*, 1897
Traduzido por António Conde Lencastre

Resumo

Esta dissertação tem por objeto a exoneração do passivo restante, o encerramento do processo de insolvência e o seu efeito para matéria da fixação do início do período da cessão.

Ao longo desta dissertação será reforçada a importância da definição concreta do início do período da cessão, serão analisadas as várias alterações legislativas que incidiram sobre esta questão e serão tratadas as novas questões que surgiram com a solução apresentada pela introdução do DL n.º 79/2017.

Palavras-chave: Insolvência; Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas; exoneração do passivo restante; encerramento do processo de insolvência.

Abstract

This dissertation addresses the exoneration of remaining liabilities and the closure of insolvency proceedings and its effects in the determination of the beginning of the assignment period.

Throughout this study, we will stress the importance of accurately defining the beginning of the transfer period, analyse the various legislative changes regarding this issue, and address the new issues that have arisen from the solution presented by Decree Law No. 79/2017.

Keywords: Insolvency; Insolvency Code; exoneration of the remaining liabilities; insolvency process closure.

Lista de referências e abreviaturas

AC	Acórdão
Al.	Alínea
Als.	Alíneas
Art.º	Artigo
Arts.º	Artigos
CC	Código Civil
CPC	Código de Processo Civil
Cit.	Citação
CRP	Constituição da República Portuguesa
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
DL	Decreto-Lei
P.	Página
Pp.	Páginas
n.º	Número
Ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto

Índice

1. A exoneração do passivo restante	6
1.1. A finalidade da exoneração do passivo restante	8
2. Do pedido	9
2.1. Os quatro requisitos	10
2.2. O indeferimento liminar	11
3. O procedimento	12
3.1. Acidentais	14
4. O fiduciário	16
5. Apreensão para a massa dos rendimentos do trabalho	17
6. Período da cessão	19
7. O encerramento do processo de insolvência	20
7.1. Efeitos do encerramento	22
7.2. As questões	23
7.3. As alterações legislativas	24
7.4. Novas questões	27
8. Conclusão	30
Bibliografia	31

1. A exoneração do passivo restante

A facilidade de acesso ao crédito, muitas vezes concedido irresponsavelmente por instituições bancárias e/ou financeiras, levou a um crescente problema de endividamento das famílias.

Estas, sem outra alternativa para mitigar os avanços dos credores, socorrem-se do regime da insolvência, regulado pelo CIRE.

Este ordenamento jurídico resulta da necessidade de harmonização dos interesses dos credores e do devedor. A consagração destes dois interesses está bem presente em várias das normas previstas no CIRE e ao longo de todo o processo de insolvência.

Historicamente, é de destacar uma amenização do cariz punitivo da insolvência, culminando na limitação de alguns aspetos da satisfação dos credores, com vista à recuperação do devedor¹.

A exoneração do passivo restante assume-se como a expressão máxima desta sobreposição da necessidade de recuperação do devedor em relação aos interesses dos credores². Introduzida no nosso ordenamento jurídico pelo DL n.º 52/2004, de 18/03³, teve como principal inspiração a *Restschuldbefreiung* da lei alemã. Existem, todavia, instrumentos do mesmo tipo em quase todos os ordenamentos jurídicos europeus⁴.

A inovação⁵ da exoneração do passivo restante surge da necessidade de aliviar as famílias de dívidas esmagadoras que se perpetuariam no tempo⁶. Para estas famílias, revelou-se verdadeiramente uma “bomba de oxigénio”.

O espírito deste mecanismo é promover a prevenção de exclusão social, reabilitando o devedor de um estado de pobreza do qual não mais se ergueria⁷.

A exoneração representa verdadeiramente uma repartição do risco atinente a qualquer atividade económica: facilita a reentrada no mercado das pessoas singulares que assumiram um risco de forma honesta mas não tiveram sucesso, bem como incentiva as instituições que concedem crédito a fazê-lo de forma mais calculada e criteriosa⁸.

Para o devedor, o incidente da exoneração do passivo restante apresenta-se verdadeiramente como uma oportunidade⁹. Isto traduz-se, aliás, numa crescente tendência de apresentação à insolvência com o propósito de obtenção do benefício da exoneração do passivo restante¹⁰.

¹ Leitão, A.M., 2017a, p. 212.

² Kirchoff, et al., 2007, p. 211. Na Alemanha, a principal crítica a este mecanismo foi o compromisso destes interesses constitucionalmente protegidos e colocados em causa pela exoneração, e o prejuízo decorrente para a segurança jurídica.

³ Este DL foi alterado 13 vezes – a mais recente versão é a Lei n.º 8/2018, de 02/03.

⁴ Como a *esdebitazione* da lei italiana ou a *exoneración del passivo insatisfecho* da lei espanhola.

⁵ Epifânio, 2019, p. 320, afirma que: “A exoneração do passivo restante constitui uma novidade do nosso ordenamento jurídico, inspirada no direito alemão (*Restschuldbefreiung*), determinada pela necessidade de conferir aos devedores pessoas singulares uma oportunidade de começar de novo (*fresh start*)”.

⁶ Naturalmente, no limite até findar o prazo de prescrição: Kirchoff, et al., 2007, p. 207.

⁷ Vicente, 2010, p. 319. O Autor assenta o instituto da exoneração do passivo restante em três pilares: o espírito do *fresh start*, a socialização do risco e a prevenção da exclusão social.

⁸ Sousa, 2011, p. 59.

⁹ Só se pode compreender que o pedido de exoneração do passivo restante não seja formulado por falta de informação e/ou apoio jurídico. Cit. Pidwell, 2016, p. 198.

¹⁰ Branco, 2017, p. 251.

Ao devedor é concedida uma nova oportunidade, um *fresh start*¹¹, permitindo-lhe recomeçar a sua atividade sem o peso da insolvência anterior¹². Para o devedor, o período da exoneração do passivo restante representa um autêntico “purgatório”¹³, na pendência do qual se impõem determinadas obrigações, visando a reabilitação económica deste. Findo este período, o devedor ficará liberto de grande parte das suas dívidas (com exceção de dívidas fiscais, indemnizações, dívidas por alimentos, etc.). Este perdão das dívidas do devedor representa uma causa de extinção¹⁴ das obrigações “extraordinária relativamente ao catálogo de causas tipificadas no CC”¹⁵.

Trata-se de uma forma de extinção das obrigações legal, mas com base numa decisão judicial¹⁶. É, por isso, adequado afirmar que na exoneração do passivo restante estamos perante uma colisão de direitos constitucionalmente protegidos. Temos, de um lado, a proteção dos créditos através da garantia da autonomia privada e, do outro, a proteção da liberdade económica e do direito ao desenvolvimento da personalidade e a proteção dos mais fracos¹⁷.

Não fora a situação de insolvência, e o devedor teria de pagar – até ao extremo da prescrição, naturalmente – o montante objeto da prestação devida¹⁸. Mas lembre-se que a regra comum da prescrição é, no limite, de 20 anos - art. 309.º CC.

É precisamente este aspeto inovador que levou a uma alteração fundamental: o processo de insolvência, como primeiro pressuposto para o pedido de exoneração do passivo restante, deixou de ser o processo dos credores para passar a ser o processo de liberação dos devedores¹⁹. Cláudia Oliveira Martins afirma que “o processo de insolvência deixou definitivamente de ser o processo da vergonha, para passar a ser o processo da reabilitação do devedor”²⁰.

No sentido inverso, os credores que não lograram ver os seus créditos satisfeitos no processo de insolvência através da liquidação do património do devedor têm pouco interesse na exoneração do devedor²¹. Este mecanismo opera diretamente sobre os seus

¹¹ “A filosofia do *fresh start* traduz-se no facto de o insolvente de boa fé não poder ser considerado culpado nem estigmatizado pela situação de insolvência, havendo fatores objetivos que podem conduzir a essa situação, pelo que se justifica um perdão de dívidas que permita libertar o devedor das obrigações que não consegue cumprir”. Cit. Leitão, A.M., 2017a, p. 212.

¹² Leitão, L.M.T.M., p. 286.

¹³ Cristas, 2005a, p. 167.

¹⁴ Pinto, 2015, p. 195. O Autor entende que não há extinção dos créditos pela exoneração do passivo restante, apontando antes para uma conversão em obrigação natural.

¹⁵ Martins, C.O., 2016, p. 214.

¹⁶ Pinto, 2015, p. 178.

¹⁷ Cit. Pinto, 2015, p. 187.

¹⁸ Cristas, 2005a, p. 167.

¹⁹ Martins, C.O., 2016, p. 215.

²⁰ Martins, C.O., 2016, p. 215.

²¹ Leitão, L.M.T.M., 2015, p. 316. Na verdade, o processo de exoneração do passivo restante implica já uma dupla oportunidade de os credores obterem a satisfação dos créditos, uma vez que, após o encerramento do processo de insolvência, e portanto esgotada a função do administrador da insolvência com a repartição do saldo do património atual pelos credores, ainda se efetua a cessão do rendimento disponível do devedor a um fiduciário durante cinco anos, com a função de o repartir pelos credores, colocando-se assim também o património a adquirir futuramente pelo devedor afeto à satisfação dos créditos dos seus credores.

créditos²², extinguindo-os com a concessão definitiva da exoneração do passivo restante²³.

Em contrapartida e, diga-se, por forma a atenuar estas perdas, o mesmo mecanismo prevê uma cessão de rendimentos do devedor aos credores – art.º 241.º, n.º 1 CIRE.

Estas entregas processam-se anualmente ao longo de um período de cinco anos, denominado “período da cessão”, e são feitas diretamente para o fiduciário. A prática, contudo, diz-nos que estas entregas se operam através de um único rateio, realizado no final do período da cessão.

Esta é, aliás, a única vantagem perceptível para os credores da insolvência: apenas os créditos reconhecidos e devidamente graduados no âmbito do processo de insolvência poderão ser pagos durante o período da cessão do rendimento disponível – art.º 241, n.º 1, al. d) CIRE.

A consagração legal do instituto da exoneração implica uma contração imediata do crédito. Considera-se, porém, que essa contração poderá ter um efeito benéfico, pois, quanto mais restrito é o acesso ao crédito, mais exigente deverá ser quem o concede e mais responsável quem o pede²⁴.

No âmbito da aplicação deste mecanismo, surgiram várias questões que importaram resolver. A lei tardou em dar resposta, o que conduziu a que a Jurisprudência se visse forçada a abandonar a mera aplicação do estipulado por lei e adotar soluções alternativas.

Contudo, e citando João Baptista Machado²⁵, “as decisões da Jurisprudência não têm força legislativa nem vinculam os outros Tribunais às mesmas soluções”. Assim, as soluções encontradas pela Jurisprudência levam a uma grande insegurança jurídica, com decisões contraditórias que importaria harmonizar.

O início da contagem do período da cessão é uma das questões que, pela sua grande repercussão para muitos outros aspetos do processo de insolvência, se assume de maior importância tratar.

1.1. A finalidade da exoneração do passivo restante

Para melhor tratar as questões que se colocarão ao longo desta dissertação, importará previamente fazer uma breve referência à finalidade da exoneração do passivo restante, tal como concebida aquando da sua implementação inicial²⁶.

Primeiramente, a exoneração figurou-se como a resposta à questão colocada findo o processo de insolvência: liquidados todos os bens e afetos os valores daí decorrentes aos créditos reclamados, são verificados e graduados os créditos que se encontram por satisfazer.

²² Cit. Pinto, 2015, p. 180. O Autor coloca em questão a própria constitucionalidade da extinção do direito de crédito (previsto no art.º 62.º CRP).

²³ De realçar que esta extinção tem um importante efeito contabilístico – o de eliminar o chamado “crédito malparado”.

²⁴ Cit. Leitão, A.M., 2017b, p. 532.

²⁵ Machado, 2011, pp. 160-161.

²⁶ Pelo DL n.º 52/2004, de 18/03.

Mas o que fazer aos créditos remanescentes?

Uma vez esgotado todo o património do devedor como ressarcir os créditos por satisfazer? Ora, para além do nocivo efeito social²⁷ para o devedor e a sua família, de pouco interesse será para os credores a instauração de novas ações executivas contra um devedor assegurado sem bens.

A solução encontrada parece beneficiar tanto os credores, como o devedor. Após um período de cinco anos de entregas de rendimentos, e mediante a sua colaboração, ao devedor é concedido um perdão de grande parte das suas dívidas.

Aos credores, cujos créditos não tenham sido satisfeitos no âmbito do processo da insolvência, é concedido um pagamento preferencial como contrapartida de não agir contra o credor.

2. Do pedido

A lei é muito clara quanto ao momento em que o pedido de exoneração do passivo restante deve ser efetuado: no requerimento de apresentação à insolvência ou no prazo de 10 dias posteriores à citação – art.º 236.º CIRE. Nestas situações, diz-se que ao devedor assiste um direito potestativo a que o seu pedido seja admitido.

De referir que este direito assiste ao devedor mesmo nos casos em que incumpriu o dever de se apresentar à insolvência, não se produzindo o indeferimento liminar de forma automática. Caberá aos credores provarem que, do incumprimento do devedor²⁸, resultou um grave prejuízo para estes²⁹ – art.º 238.º, n.º 1, al. d) CIRE. Relativamente a esta matéria, Catarina Serra entende que, para haver indeferimento liminar, é necessário que se verifiquem cumulativamente três requisitos negativos: não apresentação atempada à insolvência, prejuízo para os credores e conhecimento por parte do devedor da inexistência de qualquer perspectiva séria de melhoria da sua situação económica³⁰.

Este pedido de exoneração é efetuado através de requerimento escrito dirigido ao Tribunal onde corre o processo de insolvência. Deverá conter uma declaração do devedor em que este se compromete a observar todas as condições exigidas na lei³¹ e a cumprir todos os requisitos legais exigidos, e onde se incluem todas as despesas e rendimentos do devedor por forma a fixar o seu rendimento indisponível³².

No mesmo artigo 236.º, n.º 1 CIRE está ainda consignado que o pedido será sempre rejeitado quando deduzido após a assembleia de apreciação do relatório, ou após os 60 dias subsequentes à sentença que tenha declarado a insolvência.

No período intermediário caberá ao juiz decidir discricionariamente sobre o pedido – art.º 236.º, n.º 1 CIRE.

²⁷ A este propósito, Garcia Vicente, 2010, pp. 205-234.

²⁸ Este dever de apresentação à insolvência é excluído para as pessoas singulares que não sejam titulares de uma empresa – art.º 18.º, n.º 2 CIRE.

²⁹ Martins, A.S., 2015, p. 587.

³⁰ Serra, 2017, p. 565.

³¹ Martins, A.S., 2015, p. 589.

³² AC TRG de 14 de janeiro de 2016, Relator: Maria Cristina Cerdeira.

Ao juiz cumpre avaliar do mérito da admissão ou rejeição do pedido do devedor. Decide com base na sua convicção sobre a capacidade do devedor para cumprir as exigências legais, o que permitirá um bom aproveitamento deste mecanismo³³.

Sendo apresentado o pedido de exoneração, e ainda que a decisão sobre a sua concessão ou não concessão caiba ao Tribunal, terão os credores e o administrador da insolvência possibilidade de se pronunciarem sobre o mesmo³⁴.

No pedido de exoneração, e por forma a fixar o rendimento indisponível no período de cessão, deverá o devedor alegar todos os factos que tenha por pertinentes relativos à sua situação económica e familiar. A prova destes factos deverá ser junta com o requerimento (ex., recibos de vencimento, certidões de nascimento de filhos menores, comprovativos de despesa, etc.)³⁵.

Tal rendimento deverá corresponder a um montante que “seja razoavelmente necessário para o sustento minimamente digno do devedor e do seu agregado familiar, não devendo exceder, salvo decisão fundamentada do juiz em contrário, 3 vezes o salário mínimo nacional” – art.º 239.º, n.º 3, al. b) CIRE.

O montante indispensável a uma existência condigna deve ser objeto de uma ponderação casuística perante a situação em causa³⁶.

2.1. Os quatro requisitos

A concessão do benefício da exoneração filia-se na ideia de que quem passou por um processo de insolvência aprende com os seus erros e terá no futuro um comportamento mais equilibrado no plano financeiro³⁷.

Consequentemente, e tendo em conta os evidentes prejuízos para os credores, o legislador estabeleceu alguns requisitos para a sua concessão.

Do art.º 237.º CIRE, e através de uma enumeração taxativa, constam os pressupostos para a concessão efetiva da exoneração do passivo restante.

- a) Não exista motivo para o indeferimento liminar do pedido, por força do disposto do art.º 238.º;
- b) O juiz profira despacho declarando que a exoneração será concedida uma vez observadas pelo devedor as condições previstas no art.º 239.º durante os cinco anos posteriores ao encerramento do processo de insolvência, neste capítulo designado “despacho inicial”;
- c) Não seja aprovado e homologado um plano de insolvência;
- d) Após o período mencionado na al. b), e cumpridas que sejam efetivamente as referidas condições, o juiz emita despacho decretando a exoneração definitiva, neste capítulo designado “despacho de exoneração”.

³³ Cristas, 2005a, p. 168.

³⁴ Leitão, L.M.T.M, 2015, p. 365.

³⁵ Martins, C.O., 2016, p. 219; AC TRC de 17 de março de 2015, Relator: Fonte Ramos.

³⁶ AC TRL de 12 de abril de 2011, Relator: Ana Resende; AC TRG de 17 de maio de 2018, Relator: António Barroca Penha.

³⁷ Cit. AC TRP de 15 de março de 2011, Relator: Rodrigues Pires.

Tendo em vista a obtenção deste benefício, torna-se necessário que o devedor preencha determinados requisitos e desde logo que tenha tido um comportamento anterior e atual pautado pela licitude, honestidade, transparência e boa-fé no que respeita à sua situação económica e aos deveres associados ao processo de insolvência³⁸.

2.2. O indeferimento liminar

O indeferimento do pedido importa a não concessão da exoneração do passivo restante.

Quase todas as causas previstas na norma implicam a produção de prova e obrigam a uma apreciação de mérito por parte do juiz, pelo que, em bom rigor, não se pode dizer que estejamos propriamente perante um indeferimento liminar³⁹.

São causas de indeferimento do pedido aquelas tipificadas pelo art.º 238.º CIRE. Esta enumeração compreende aquelas situações em que o devedor tenha apresentado o pedido extemporaneamente (al. a)), seja reincidente (al. c)) ou tenha agravado a sua situação de insolvência (als. b), d), e), f) e g)).

No caso da al. b), estão em causa informações falsas/incompletas que o devedor forneceu nos três anos anteriores à data do início do processo de insolvência. É necessário que estas informações tenham sido fornecidas por escrito, com dolo/culpa grave, e que sejam relativas às suas circunstâncias económicas com vista à obtenção de créditos ou subsídios públicos ou a fim de evitar pagamentos a instituições públicas.

Em relação à al. c), Catarina Serra designa este período entre exonerações de “quarentena”⁴⁰. O objetivo desta al. do art.º 238 é o de prevenir eventuais abusos ao mecanismo da exoneração⁴¹, que poderiam levar a uma desresponsabilização do devedor.

A al. e) figura-se de difícil enquadramento no processo de insolvência. O momento de diferimento/indeferimento do pedido de exoneração surge tipicamente muito antes de ser proferida uma decisão no incidente de qualificação da insolvência. O indeferimento do pedido de exoneração por força da alínea referida significa que o juiz já qualificou a insolvência como culposa sem antes o ter feito no expediente próprio⁴².

De ressaltar que apenas dois destes pressupostos se operam de forma automática (aqueles enunciados nas als. c) e f)), surgindo, quanto aos restantes pressupostos, um ónus de alegação e prova a cargo dos credores e administrador da insolvência⁴³. É, todavia, estranho falar-se em “apreciação liminar” quando a maior parte das causas de indeferimento exige este ónus de alegação⁴⁴.

Estas alegações tomam lugar na assembleia de apreciação do relatório do administrador da insolvência. Caso esta assembleia não tenha lugar, deve o juiz convocar uma

³⁸ Cit. AC TRP de 07 de outubro de 2010, Relator: Filipe Carçoço.

³⁹ Serra, 2017, p. 564.

⁴⁰ Serra, 2012, p. 155.

⁴¹ Por causa do *discharge*, a lei norte-americana foi acusada de ser *debtor friendly*. Como consequência direta dos abusos, o período de quarentena entre exonerações foi fortemente restringido em 2005 pelo *Bakruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act*.

⁴² A este propósito, ver: AC TRP de 28 de setembro de 2010, Relator: João Ramos Lopes.

⁴³ AC TRL de 28 de novembro de 2013, Relator: António Ferreira de Almeida.

⁴⁴ Serra, 2012, p. 159.

assembleia de credores para que seja feita esta audiência⁴⁵. Só após ouvidos os credores e havendo estes provado o prejuízo sofrido pela conduta/omissão do devedor⁴⁶, é que o juiz profere despacho de indeferimento liminar.

Compreende-se facilmente a intenção do legislador. Reserva o mecanismo da exoneração para aquelas situações de insolvência não culposa ou, pelo menos, não agravada por comportamentos/omissões. Ou seja, propõe-se dar uma segunda oportunidade, mas não uma terceira ou quarta⁴⁷.

Assim, por forma a aferir que o devedor é merecedor do benefício da exoneração, exige-se que este tenha evitado praticar atos que contribuam para o avolumar do seu passivo e outros atos de delapidação patrimonial⁴⁸.

3. O procedimento

1. O procedimento da exoneração desdobra-se em quatro fases⁴⁹:
2. pedido de exoneração;
3. admissão liminar/despacho inicial (com fixação do rendimento indisponível);
4. período da cessão;
5. decisão final/despacho de exoneração.

Tal como anteriormente tratado, o procedimento inicia-se com o *pedido de exoneração* feito pelo devedor. Este é o único com legitimidade (e interesse) para o requerer⁵⁰.

O requerimento pode ser efetuado desde a propositura da ação de insolvência até ao final da assembleia de credores (ou 60 dias após a sentença da declaração de insolvência, caso a assembleia não se realize). A lei insere ainda um mecanismo adicional de proteção do devedor, quando obriga a que conste do ato da citação do devedor pessoa singular a indicação da possibilidade de solicitar a exoneração do passivo restante, nos termos previstos no número anterior – art.º 262.º, n.º 2 CIRE.

Após a citação, o devedor tem um prazo de 10 dias para apresentar a sua oposição à declaração de insolvência – art.º 30, n.º1 CIRE. À cautela, o devedor deverá apresentar o pedido de exoneração do passivo restante subsidiariamente à sua oposição à declaração de insolvência⁵¹.

Aos credores e administrador da insolvência é conferida a possibilidade de se pronunciarem sobre o requerimento apresentado⁵². De salientar que a exoneração é sujeita a apreciação e não a votação, sendo que a mera oposição dos credores ou do administrador da insolvência não constitui fundamento suficiente para o indeferimento⁵³.

⁴⁵ Fernandes & Labareda, 2015, p. 855.

⁴⁶ Não basta o mero decurso do tempo. Ver AC STJ de 24 de janeiro de 2012, Relator: Fonseca Ramos.

⁴⁷ Cristas, 2005a, p. 170.

⁴⁸ Conceição, 2013, p. 53.

⁴⁹ Martins, C.O., 2016, p. 216.

⁵⁰ Martins, A.S., 2015, p. 585.

⁵¹ Ferreira, 2013, p. 40.

⁵² Contrariamente ao que sucede no Direito Alemão, o CIRE, nos seus moldes atuais, não confere aos credores a possibilidade de se oporem à exoneração do passivo restante recusando a sua aplicação.

⁵³ AC TRC de 8 de maio de 2012, Relator: Carvalho Martins.

Findo este contraditório, é proferido, na própria assembleia dos credores, ou nos 10 dias subsequentes, despacho a admitir o pedido. Este *despacho inicial* é proferido quando o pedido de exoneração não é liminarmente indeferido nem rejeitado⁵⁴. Neste despacho deverá constar, obrigatoriamente, o montante de rendimento indisponível conferido ao devedor. Todos os rendimentos acima deste montante deverão ser entregues, no decorrer do período de cessão, ao fiduciário. Deste despacho deverá constar ainda o fiduciário a quem os rendimentos serão cedidos⁵⁵.

O despacho inicial deve ainda declarar que a exoneração será concedida uma vez observadas pelo devedor as condições previstas no art.º 239.º durante os cinco anos posteriores ao encerramento do processo de insolvência – art.º 237.º, al. b) CIRE.

Este despacho tem duas consequências fundamentais: estabelece um ónus a cargo do devedor e transfere para o fiduciário o rendimento disponível que o devedor venha a auferir durante esses cinco anos subsequentes ao encerramento do processo⁵⁶.

O *período da cessão* inicia-se com o “encerramento do processo de insolvência” – art.º 239.º, n.º 2 CIRE. Como se vê, o incidente da exoneração continuará a correr depois de encerrado o processo de insolvência. Não obstante, o encerramento pode até nem coincidir com o despacho de concessão da exoneração, o que leva alguma jurisprudência a considerar a data deste despacho como a data em que se inicia o período de cessão. Esta problemática será tratada mais detalhadamente no decorrer deste trabalho.

Neste período será exigido ao devedor uma conduta norteada por princípios de transparência e cooperação económica – art.º 239.º, n.º 4 CIRE. Em suma, ficará obrigado a exercer profissão remunerada e a entregar ao fiduciário a parte disponível do seu rendimento. As funções do fiduciário encontram-se previstas nos arts.º 240.º, n.º 2 e 241.º CIRE.

Findo este período de cinco anos após a data de encerramento do processo, é emitido *despacho final* de exoneração do passivo restante⁵⁷. Este despacho tem como efeito principal a extinção de todos os créditos sobre a insolvência que ainda subsistam à data em que é concedida, sem exceção dos que não tenham sido reclamados e verificados – art.º 245.º CIRE⁵⁸.

Não se pense que a exoneração é absoluta, abrangendo todo o tipo de créditos⁵⁹: o mesmo artigo enumera ainda os créditos sobre a insolvência não abrangidos pela exone-

⁵⁴ “É também de despacho de rejeição que devemos falar se, tendo o pedido de exoneração sido apresentado no período intermédio, o juiz decidir livremente rejeitá-lo nos termos do art.º 236.º, n.º 1”. Cit. Martins, A.S., 2015, p. 594.

⁵⁵ Ferreira, 2013, p. 287.

⁵⁶ Cristas, 2005a, p. 170.

⁵⁷ “A exoneração do passivo restante só se torna efectiva, quando nesse sentido seja proferida decisão final que a conceda”. Cit. Fernandes & Labareda, 2009, p. 302.

⁵⁸ A extinção abrange mesmo os créditos que não tenham sido reclamados e verificados, o que comprova a ideia de que o processo de insolvência é um processo com eficácia *erga omnes*. Serra, 2017, p. 571.

⁵⁹ Serra, 2017, p. 574.

ração⁶⁰. Para além das elencadas por este artigo⁶¹, convém relembrar que a exoneração do passivo restante não abrange as dívidas da massa insolvente⁶².

Uma referência que cumpre fazer a propósito deste efeito da exoneração: a lei estatui uma extinção de todos os créditos sobre a insolvência que ainda subsistam à data em que é concedida a exoneração do passivo restante. No entanto, a exoneração não afeta a existência e o montante dos direitos dos credores da insolvência contra os codevedores ou os terceiros garantes da obrigação⁶³.

José Gonçalves Ferreira⁶⁴ entende que a exoneração constitui ainda uma modalidade de extinção das obrigações. No mesmo sentido, Luís Menezes Leitão⁶⁵ refere até que ao devedor é concedida a possibilidade de se “exonerar das obrigações que tem perante os credores da insolvência”.

A libertação do devedor do cumprimento das obrigações do devedor perante os credores faz extinguir o próprio vínculo jurídico, pelo que permanece apenas uma obrigação natural.

3.1. Acidentais

Por último, cumpre fazer referência aos dois desvios ao procedimento da exoneração:

1. cessação antecipada;
2. revogação.

A *cessação antecipada da exoneração do passivo restante* (art.º 243.º CIRE) ocorre se, durante o período de cessão de cinco anos e antes de ser proferido o despacho final de exoneração, o juiz decidir encerrar o incidente de exoneração do passivo restante⁶⁶.

A decisão de cessação antecipada do procedimento incumbe ao juiz, a requerimento fundamentado de algum credor da insolvência, do administrador da insolvência, caso este ainda esteja em funções, ou do fiduciário, caso este tenha sido nomeado para fiscalizar o cumprimento das obrigações do devedor⁶⁷.

A exoneração do passivo restante cessa quando:

⁶⁰ Esta ressalva vem reduzir substancialmente o alcance da exoneração.

⁶¹ Serra, 2017, p. 575. A Autora questiona se a subtração do efeito exoneratório dos créditos tributários não confere ao Estado uma generosidade excessiva e que se figura como uma discriminação injustificada dos credores.

⁶² Martins, A.S., 2015, p. 584.

⁶³ Martins, A.S., 2015, p. 615.

⁶⁴ Ferreira 2013, p. 116-119

⁶⁵ Leitão, L.M.T.M., 2019, p. 123.

⁶⁶ <https://www.advogadosinsolvencia.pt/mapa/cessacao-antecipada-da-exoneracao-do-passivo-restante> por Fátima Pereira Mota, *website* visitado às 19h08 do dia 11/11/2018.

⁶⁷ Leitão, L.M.T.M., 2015, p. 375.

- a) o devedor tiver dolosamente ou com grave negligência^[68] violado alguma das obrigações que lhe são impostas pelo art.º 239.^o^[69], prejudicando por esse facto a satisfação dos créditos sobre a insolvência;
- b) se apure a existência de alguma das circunstâncias referidas nas als. b), e) e f) do n.º 1 do art.º 238.^o, se apenas tiver sido conhecida pelo requerente após o despacho inicial ou for de verificação superveniente;
- c) a decisão do incidente de qualificação da insolvência tiver concluído pela existência de culpa do devedor na criação ou agravamento da situação de insolvência.

Apesar de raramente suceder, é ainda encerrado o incidente logo que se mostrem integralmente satisfeitos todos os créditos sobre a insolvência – art.º 243.^o, n.º 4 CIRE. Contudo, o despacho de exoneração não é garantia de uma definitiva exoneração, uma vez que ainda existe a possibilidade de uma *revogação da exoneração*⁷⁰ – art.º 246.^o CIRE.

A revogação da exoneração importa a reconstituição de todos os créditos extintos e apenas pode ser decretada até ao termo do ano subsequente ao trânsito em julgado do despacho de exoneração.

A possibilidade de revogação da decisão final de exoneração do passivo restante⁷¹ apela também para a necessidade de cumprimento escrupuloso das obrigações por parte do insolvente⁷².

A exoneração apenas pode ser revogada quando o devedor violou dolosamente as obrigações tipificadas pelo art.º 239.^o, n.º 4 CIRE ou incorreu numa das situações previstas no art.º 238.^o, n.º 1, als. b) e seguintes CIRE.

A revogação do benefício da exoneração do passivo (seja através da cessação antecipada, seja através da revogação) não se basta com a mera negligência; é necessário apurar se o insolvente agiu com dolo ou negligência grave e se daquela conduta resultou um qualquer prejuízo⁷³ para a satisfação dos seus credores⁷⁴ – art.º 246.^o CIRE.

Deste artigo 246.^o CIRE, Luís M. Martins⁷⁵ extrai ainda um terceiro requisito: a necessidade de um nexos causal entre a conduta dolosa do insolvente e o dano para a

⁶⁸ A este propósito, ver: AC TRL de 06 de março de 2018, Relator: Carlos Oliveira; e AC TRG de 14 de junho de 2018, Relator: Amílcar Andrade.

⁶⁹ Ocultar rendimentos ou bens, violar o dever de informação sobre rendimentos e património, não exercer profissão remunerada ou não procurar trabalho, não entregar imediatamente ao fiduciário os rendimentos abrangidos pela obrigação de cessão, não informar sobre mudança de residência ou alteração de emprego – art.º 234.^o, n.º 4 CIRE.

⁷⁰ Serra, 2017, p. 572.

⁷¹ Até ao limite de um ano após o trânsito em julgado – art.º 246.^o, n.º 2 CIRE.

⁷² Leitão, A.M., 2017a, p. 215.

⁷³ O enunciado artigo refere expressamente um prejuízo relevante. A este propósito, ver também: AC TRC de 03 de junho de 2014, Relator: Henrique Antunes “A gravidade das consequências para o devedor da revogação da exoneração [...] impõem, por aplicação de um princípio de proporcionalidade que aquela revogação só possa fundamentar-se numa conduta dolosa do devedor que seja causa de um dano relevante para os seus credores, objetivamente imputável àquela conduta”.

⁷⁴ AC TRP de 11 de outubro de 2017, Relator: Maria Cecília Agante.

⁷⁵ Martins, L.M., 2012, p. 163.

satisfação daqueles créditos⁷⁶. No mesmo sentido, Luís A. Carvalho Fernandes/ João Labareda: “A relevância desse prejuízo deve ser aferida, como regra, de harmonia com um critério quantitativo, portanto, em função do *quantum* do pagamento dos créditos sobre a insolvência”⁷⁷.

Em suma, tanto da Jurisprudência como da doutrina, extraímos que a revogação do benefício da exoneração do passivo restante, com todas as consequências que acarreta para o devedor, não se basta com a mera conduta dolosa e consequente prejuízo para o credor. É necessário que esse prejuízo releve para efeitos de incumprimento da obrigação de entrega de rendimento disponível.

4. O fiduciário

Não se pode deixar de assinalar a especial importância do papel desempenhado pelo fiduciário, cujas funções se encontram definidas nos arts.º 240.º e 241.º CIRE.

A figura do fiduciário caracteriza-se pela idoneidade: o elemento da confiança é absolutamente essencial para que o fiduciário possa exercer a sua função no incidente da exoneração, sendo-lhe confiada a tarefa de lidar com valores que se destinam aos credores⁷⁸.

Menezes Leitão⁷⁹ categorizava o fiduciário como um mero “administrador do património do devedor insolvente”.

Na categorização do papel do fiduciário, e por forma a definir quais as obrigações daí emergentes, torna-se necessário definir qual a natureza da cessão de rendimento no período da cessão.

Esta questão será tratada em detalhe no próximo capítulo. Para já, cumpre referir que há duas posições divergentes: 1) caso se entenda que a obrigação de entrega dos rendimentos no período da cessão se trata apenas de uma promessa de entrega dos ganhos gerados pelo devedor, então realmente ao fiduciário é apenas reservado o papel de administrar o património do devedor insolvente; 2) caso se entenda que efetivamente há uma transmissão dos créditos do devedor para o fiduciário, resultará para este último a obrigação de, uma vez recebidos estes créditos, afetar os montantes recebidos às dívidas da massa –art.º 241.º CIRE.

A este respeito, Menezes Leitão⁸⁰ alterou a sua posição, e entende agora que o fiduciário adquire a propriedade destes rendimentos a título fiduciário, devendo receber e manter estes rendimentos numa conta bancária especificamente destinada para o efeito⁸¹, por forma a cumprir o disposto no art.º 241.º, n.º 2 CIRE.

⁷⁶ AC TRC de 03 de junho de 2014, Relator: Henrique Antunes.

⁷⁷ Fernandes & Labareda, 2015, p. 209.

⁷⁸ Ferreira, 2013, pp. 82-83.

⁷⁹ Leitão, L.M.T.M., 2017, p. 193. Não se poderá deixar de estranhar esta categorização do Autor, uma vez que concede, no seu texto “O regime especial da insolvência das pessoas singulares”, p. 369, que a cessão dos rendimentos se trata efetivamente de uma cessão de rendimentos futuros. Ora, estas duas posições do Autor não são compatíveis.

⁸⁰ Leitão, L.M.T.M., 2019, p. 135.

⁸¹ Art.º 241.º, n.º 2 CIRE – estabelece um regime de responsabilidade do património do fiduciário por fundos que indevidamente deixe de afetar ao cumprimento das obrigações perante os credores.

Ao fiduciário poderá ainda ser confiada a tarefa de fiscalizar e regular as entregas de rendimentos periódicas do devedor – art.º 241.º, n.º 3 CIRE. Uma correta administração destas entregas permitirá reduzir significativamente o risco de uma cessão antecipada da exoneração por incumprimento das obrigações do devedor. O fiduciário é, por isso, o maior aliado do devedor para prevenir que este se veja privado do benefício da exoneração do passivo restante, simultaneamente agindo em conformidade com os interesses dos credores.

O fiduciário está sempre obrigado a elaborar um relatório anual contendo informação relativa ao período de cessão em causa, que deverá ser notificado aos credores e remetido ao processo – art.º 240, n.º 2 CIRE.

Segundo Cláudia Oliveira Martins: “O que na prática os processos de insolvência vêm revelando é que são escassos os relatórios anuais espontaneamente apresentados, sendo frequentemente necessária prévia notificação do tribunal para o efeito. É fundamental que o relatório anual seja junto ao processo porque, para o tribunal e os credores, será a única fonte de informação dos incidentes ocorridos em cada um dos cinco anos do período de cessão”⁸².

Por forma a permitir uma mais harmoniosa relação entre o fiduciário e o devedor⁸³, o despacho a admitir a exoneração do passivo restante deverá, na medida do possível, discriminar pormenorizadamente os valores que se encontram abrangidos pelo conceito de rendimento indisponível.

5. Apreensão para a massa dos rendimentos do trabalho

Uma questão que tem dividido a Jurisprudência, e que coincidirá com a questão tratada nesta dissertação, prende-se com a possibilidade de *apreensão para a massa insolvente dos rendimentos do trabalho*, na parte penhorável, e até ao encerramento do processo.

O conceito de massa insolvente é dado pelo n.º 1 do art.º 46.º CIRE:

1 – A massa insolvente destina-se à satisfação dos credores da insolvência, depois de pagas as suas próprias dívidas, e, salvo disposição em contrário, abrange todo o património do devedor à data da declaração de insolvência, bem como os bens e direitos que ele adquira na pendência do processo.

Da letra do referido artigo, podemos extrair que a massa insolvente é constituída não só pelo conjunto de bens atuais do devedor, como também pelos bens futuros que venha a adquirir entre a data da declaração de insolvência e o encerramento do processo, formando um património separado adstrito à satisfação dos interesses dos credores.

Tendo em conta o carácter universal do processo de insolvência⁸⁴ e o princípio geral da garantia das obrigações⁸⁵, compreende-se a consideração dos rendimentos do

⁸² Martins, C.O., 2016, p. 226.

⁸³ Sendo consequentemente o juiz chamado menos vezes a intervir.

⁸⁴ Art.º 1.º CIRE – “[...] um processo de execução universal [...]”.

⁸⁵ Art.º 601.º – “Pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor suscetíveis de penhora, sem prejuízo dos regimes especialmente estabelecidos em consequência da separação de patrimónios”.

trabalho que o devedor venha a auferir na pendência do processo de insolvência como parte integrante deste conceito de massa insolvente.

Assim, parece legalmente admissível a apreensão para a massa insolvente da parte do vencimento mensalmente auferido pelo insolvente que não seja relativamente impenhorável – art.º 735.º e ss. CPC.

Contudo, a verdade é que a apreensão para a massa insolvente dos rendimentos do trabalho já “fez correr muita tinta”, tratando-se de uma questão que divide a Jurisprudência.

Em suma, a Jurisprudência que entende não se aplicar a apreensão para a massa insolvente dos rendimentos do trabalho justifica-o com dois argumentos centrais:

- a) Falta de disposição expressa nesse sentido, não bastando uma interpretação extensiva do art.º 46.º CIRE para tal;
- b) Incompatibilidade com o espírito e os princípios do processo de insolvência.

Assim, na mesmíssima situação temos, por um lado, insolventes que, da data de declaração de insolvência até ao encerramento da mesma, veem os seus rendimentos de trabalho apreendidos para a massa⁸⁶ e, por outro lado, insolventes que, com a declaração de insolvência e consequente suspensão de todas as diligências de penhora, passam a auferir da totalidade dos seus rendimentos sem que estes sejam apreendidos para a massa⁸⁷.

Após um estudo compreensivo relativamente a esta questão, é possível observar uma evolução que se justifica com o papel “corretor” que alguma jurisprudência parece ter reservado para si.

Quando o processo de insolvência das pessoas singulares se assumiu como um mecanismo do qual os credores se serviam para extrair o máximo do devedor⁸⁸, a Jurisprudência pareceu procurar equilibrar um pouco os interesses em oposição, mostrando-se tendencialmente contra a apreensão destes rendimentos.

Porém, a transformação do processo de insolvência com a introdução do mecanismo da exoneração do passivo restante, veio alterar o equilíbrio entre os interesses vigentes. Assim, e por forma a resguardar um pouco mais os interesses dos credores, a Jurisprudência mostrou-se tendencialmente a favor da apreensão dos rendimentos de trabalho para a massa insolvente.

⁸⁶ Neste sentido: AC TRL de 10 de setembro de 2015, Relator: António Martins; AC TRL de 27 de fevereiro de 2014, Relator: Teresa Pardal; AC TRL de 18 de janeiro de 2014, Relator: Luís Espírito Santo; AC TRC de 24 de janeiro de 2015, Relator: Isabel Silva; AC TRP de 16 de janeiro de 2018, Relator: José Igreja Matos; AC TRP de 06 de janeiro de 2014, Relator: Correia Pinto; AC STJ de 15 de março de 2007, Relator: Oliveira Rocha.

⁸⁷ Neste sentido: AC TRC de 24 de outubro de 2006, Relator: Freitas Neto; AC TRC de 06 de março de 2007, Relator: Isaías Pádua; AC TRL de 16 de novembro de 2010, Relator: Maria João Areias; AC TRP de 23 de março de 2009, Relator: Maria José Simões; AC TRP de 25 de janeiro de 2011, Relator: Maria do Carmo Domingues; AC TRP de 05 de março de 2013, Relator: Rui Moreira.

⁸⁸ Assumindo-se nesta altura, verdadeiramente, como uma “execução universal”.

6. Período da cessão

Na pendência do período da cessão, o devedor insolvente ficará adstrito a uma série de obrigações durante cinco anos, mas, finda esta “travessia no deserto”, ficará livre do peso das dívidas que o levaram ao processo de insolvência.

O elenco das *obrigações para o insolvente*, resultantes do art.º 239.º CIRE, poderá ser agrupado em três categorias⁸⁹:

- a) obrigações destinadas a garantir a transparência da situação patrimonial e pessoal do insolvente – als. a) e d);
- b) obrigações destinadas a garantir que o devedor é diligente na procura da manutenção de um rendimento que possa vir a satisfazer os credores – als. b) e d);
- c) obrigações que se destinam a atestar a probidade e lisura de comportamento do próprio devedor – als. a), c) e e).

Estas obrigações são instrumentais ao procedimento de exoneração, assegurando também o respeito pelo princípio da igualdade de tratamento dos credores⁹⁰.

Uma questão que releva tratar relativamente ao período da cessão é a da *natureza jurídica do rendimento cedido* pelo insolvente ao fiduciário.

A dúvida reside em saber se esta cessão se trata de uma verdadeira cessão de rendimento disponível, qualificada como cessão de créditos futuros, ou se se trata antes de uma promessa de entrega dos ganhos gerados pelo devedor.

Neste ponto, o enquadramento jurídico da figura da cessão de créditos mostra-se essencial para melhor compreender os direitos e obrigações que assistem ao devedor – art.º 577.º CC.

Antunes Varela define a cessão de créditos “como o contrato pelo qual o credor transmite a terceiro, independentemente do consentimento do devedor, a totalidade ou uma parte do seu crédito”⁹¹.

De destacar neste mecanismo da cessão de créditos o facto de a mudança de credor prescindir do consentimento do devedor⁹².

Aplicando este preceito à situação em apreço, podemos concluir que ao devedor não assistirá qualquer direito de decisão sobre os créditos cedidos nem do destino afeto a estes.

Assunção Cristas entende que, para esta cessão de créditos, é apenas necessária uma única declaração de vontade: o devedor, ao submeter-se ao procedimento da exoneração por sua própria iniciativa, exterioriza a sua vontade. A partir desse momento, não lhe é dada hipótese relativamente, à cessão já que esta se opera automaticamente mediante despacho do juiz a admitir a exoneração⁹³: “o rendimento disponível que o devedor venha a auferir se considera cedido ao [...] fiduciário” – art.º 239.º, n.º 2 CIRE.

⁸⁹ Cristas, 2005a, p. 172.

⁹⁰ Serra, 2017, p. 570.

⁹¹ Varela, 1997, p. 295.

⁹² Varela, 1997, p. 296.

⁹³ Cristas, 2005a, p. 177.

A expressão “cedido” parece reforçar a ideia de que ao devedor não assiste qualquer direito relativamente àqueles valores. A intenção do legislador é retirar do devedor não só a possibilidade de dispor do património mas também a sua própria titularidade⁹⁴. A manifestação de vontade do devedor é exteriorizada aquando da apresentação do requerimento de exoneração de passivo restante. Ao submeter-se a tal incidente, o devedor aceita as obrigações daí decorrentes, inclusivamente a cessão automática dos seus rendimentos que ultrapassem a parte indisponível. Assim, os rendimentos que o insolvente venha a adquirir transferem-se, no momento da sua aquisição, para o fiduciário, independentemente do consentimento dos devedores desses rendimentos⁹⁵.

Nesse sentido, Assunção Cristas defende que o despacho inicial do juiz que dá início ao período da cessão tem como consequência direta a transferência para o fiduciário do rendimento disponível que o devedor venha a auferir durante esse período⁹⁶. Defende, por conseguinte, que se trata de uma verdadeira cessão de créditos futuros e que o devedor não é o titular dos rendimentos que ultrapassem a parte indisponível fixada pelo juiz⁹⁷. Este entendimento é compatível com a caracterização da obrigação de entrega imediata do rendimento ao fiduciário, quando recebida pelo insolvente (artigo 239.º, n.º 4, alínea c)), como um ato puramente material.

Esta posição é, e salvo melhor entendimento, a que se figura como mais lógica. A cessão do rendimento disponível abrange todos os rendimentos que advenham a qualquer título ao devedor, não se estando, portanto, apenas perante rendimentos em sentido técnico, sendo antes abrangidos quaisquer acréscimos patrimoniais⁹⁸. Assim, se o insolvente receber uma herança durante o período da cessão, o património hereditário que lhe compete deve igualmente considerar-se cedido ao fiduciário⁹⁹.

Por último, e servindo como introdução para o próximo capítulo desta dissertação, cumpre referir que o período da cessão tem início no momento do encerramento do processo de insolvência por estatuição expressa do art.º 239.º, n.º 2 CIRE¹⁰⁰ e terá a duração de cinco anos¹⁰¹.

7. O encerramento do processo de insolvência

Uma vez exposto todo o procedimento do incidente da exoneração do passivo restante, figura-se fácil cometer o erro de julgar resolvidas todas as questões a tratar.

Contudo, a verdade é que o CIRE parece simplificar excessivamente o procedimento, ignorando algumas das particularidades que depois surgem na prática.

⁹⁴ Cristas, 2005a, p. 180.

⁹⁵ Leitão, L.M.T.M., 2015, p. 369.

⁹⁶ Cristas, 2005b.

⁹⁷ Fernandes & Labareda, 2015, p. 907.

⁹⁸ Leitão, L.M.T.M., 2019, p. 133.

⁹⁹ InsO, Abs. 1, Nr. 2. Na Alemanha estes incrementos patrimoniais derivados de insolvência têm um regime especial que estabelece que apenas metade dos mesmos se encontra cedida ao fiduciário.

¹⁰⁰ Epifânio, 2019, p. 392.

¹⁰¹ “A duração deste período foi aquele entendido pelo legislador como adequado para viabilizar uma razoável satisfação dos créditos dos credores”. Cit. Fernandes & Labareda, 2009, p. 300.

Conseqüentemente, o CIRE mostra-se manifestamente insuficiente para dar resposta a algumas questões que surgem na aplicação dos seus preceitos, tornando necessário à Jurisprudência encontrar soluções para essas questões.

De enorme relevância, uma dessas questões que importam tratar prende-se com o encerramento do processo de insolvência.

Vejamos o art.º 230.º CIRE para melhor compreender este problema:

“Quando se encerra o processo

1 – Prosseguindo o processo após a declaração de insolvência, o juiz declara o seu encerramento:

a) após a realização do rateio final, sem prejuízo do disposto no n.º 6 do art.º 239.º;

b) após o trânsito em julgado da decisão de homologação do plano de insolvência, se a isso não se opuser o conteúdo deste;

c) A pedido do devedor, quando este deixe de se encontrar em situação de insolvência ou todos os credores prestem o seu consentimento;

d) quando o administrador da insolvência constate a insuficiência da massa insolvente para satisfazer as custas do processo e as restantes dívidas da massa insolvente;

e) quando este ainda não haja sido declarado, no despacho inicial do incidente de exoneração do passivo restante referido na alínea b) do art.º 237.º.

2 – A decisão de encerramento do processo é notificada aos credores e objecto da publicidade e do registo previstos nos arts.º 37.º e 38.º, com indicação da razão determinante.”

Maria do Rosário Epifânio¹⁰²: “o processo de insolvência pode ser encerrado antes do despacho inicial, por insuficiência da massa para a satisfação das custas do processo e das restantes dívidas da massa (regulada no art.º 232.º) ou pode encerrar depois do despacho inicial, porque há bens ou direitos a liquidar, ocorrendo o seu encerramento apenas após a realização do rateio final, segundo o art.º 230.º, n.º 1, al. a) CIRE”.

Assim se conclui que o momento da extinção do processo de insolvência está dependente de um único fator: a existência de bens na esfera do devedor que importam liquidar.

A introdução pela Lei n.º 16/2012 de 20 de abril da alínea e) visava possibilitar ao juiz encerrar o processo de insolvência quando fosse requerida a exoneração do passivo restante, colmatando, dessa feita, uma lacuna identificada pela Jurisprudência¹⁰³.

A referida alínea estipula que o juiz declara o encerramento do processo de insolvência no despacho inicial do incidente de exoneração do passivo restante se esse encerramento ainda não tiver sido declarado. Ora, como vimos anteriormente, o despacho

¹⁰² Epifânio, 2019, p. 392.

¹⁰³ “Esta alínea surge da necessidade reportada por alguns magistrados por uma norma expressa que possibilitasse ao juiz encerrar o processo de insolvência sempre que, havendo ou não bens na massa insolvente, fosse requerida a exoneração”. Cit. Martins, C.O., 2016, p. 224.

inicial é proferido na assembleia de apreciação do relatório ou nos 10 dias subsequentes – art.º 239.º, n.º 1 CIRE.

Quando o encerramento do processo de insolvência ainda não tiver sido declarado, o juiz decreta-o no despacho inicial do incidente da exoneração do passivo restante ou nos 10 dias subsequentes.

No caso de inexistirem bens por liquidar, a aplicação da alínea e) será relativamente pacífica: o juiz, na assembleia de apreciação do relatório, e uma vez verificada a inutilidade de se proceder a um posterior rateio, decreta o encerramento do processo.

A questão agrava-se na situação em que, no momento da assembleia de apreciação do relatório, o juiz verifique a existência de bens e a necessidade de o administrador da insolvência proceder à sua liquidação.

O encerramento do processo de insolvência com os seus efeitos apenas se poderá operar uma vez praticados todos os atos necessários ao prosseguimento dos interesses divergentes do processo de insolvência. De outra forma, não se procedendo à liquidação dos bens apreendidos no âmbito do processo de insolvência, os interesses dos credores não estariam salvaguardados.

Esse imperativo levou a Jurisprudência a interpretar a alínea e) restritivamente¹⁰⁴, no sentido de apenas fazer coincidir o despacho inicial a admitir a exoneração com o encerramento do processo de insolvência nas situações em que se verifica a inexistência de bens. Nas restantes situações, havendo bens para liquidar na data de proferir despacho inicial, o encerramento teria lugar após rateio final – art.º 230.º, n.º 1 a)¹⁰⁵.

Este tratamento diferenciado pode, na prática, gerar situações de desigualdade entre os devedores, pois faz depender o início do período da cessão das contingências dos processos quando há bens a liquidar¹⁰⁶.

7.1. Efeitos do encerramento

Os efeitos do encerramento do processo de insolvência estão previstos no art.º 233.º CIRE.

Para o devedor, é de realçar *a recuperação para este do direito de disposição dos seus bens e livre gestão dos seus negócios* – n.º 1, al. a).

Uma vez que os bens e rendimentos anteriores à declaração de insolvência e adquiridos ao longo do processo vão ser apreendidos e posteriormente liquidados a favor da massa insolvente, este efeito assume ainda maior preponderância relativamente aos bens e rendimentos que o devedor venha a adquirir uma vez encerrado o processo de insolvência. Estes bens, caso não tenha sido requerida a exoneração do passivo restante, poderão até (brevemente¹⁰⁷) integrar a esfera jurídica do devedor.

¹⁰⁴ AC TRG de 19 de outubro de 2017, Relator: Eugénia Maria de Moura Marinho da Cunha; AC TRP de 24 de janeiro de 2017, Relator: Márcia Portela (este de leitura recomendada); AC TRP de 07 de novembro de 2016, Relator: Oliveira Abreu; AC TRG de 08 de março de 2018, Relator: Alcides Rodrigues.

¹⁰⁵ Com o mesmo entendimento, Fernandes & Labareda, 2015, p. 829.

¹⁰⁶ Chamando a atenção para as fragilidades dessa solução, veja-se Martins, C.O., 2016, p. 225; e Pidwell, 2016, pp. 199-200.

¹⁰⁷ Uma vez que não haverá perdão de dívidas resultante da exoneração, quaisquer bens ou rendimentos adquiridos pelo devedor serão alvo de posterior penhora pelos credores não satisfeitos na pendência do processo de insolvência.

Contudo, o direito de disposição dos seus bens será, na situação em que foi requerida a exoneração do passivo restante, “sol de pouca dura”, uma vez que o encerramento do processo de insolvência importará a entrada em funções do fiduciário e consequente limitação deste direito, através da cessão de rendimentos.

Para os credores, o encerramento importa ainda a possibilidade de *exercer os seus direitos contra o devedor. Os credores da massa podem reclamar do devedor os seus direitos não satisfeitos.* – n.º 1, als. c) e d). A este propósito, é essencial tomar-se em consideração as disposições específicas que regem a insolvência das pessoas singulares, máxime no caso de ter sido admitida liminarmente a exoneração do passivo restante¹⁰⁸. Nesse caso, determina o art.º 242.º, n.º 1 CIRE que “não são permitidas quaisquer execuções sobre os bens do devedor destinadas à satisfação dos créditos sobre a insolvência, durante o período da cessão”.

Outro efeito ou consequência do encerramento do processo de insolvência é a *cessação de funções e competências do administrador de insolvência e da comissão de credores* –n.º 1, al. b). Consequentemente, e uma vez que a principal função e competência do administrador da insolvência é a apreensão e venda do património do insolvente (art.º 55.º, n.º 1, al. a) CIRE), podemos extrair desta alínea que o encerramento do processo de insolvência determina também a cessação da apreensão e venda dos bens.

A contagem do prazo da cessão de rendimentos tem como referência a data do encerramento do processo de insolvência, que pode não coincidir com a data em que é proferido o despacho inicial. Em virtude de *fixar o início do período da cessão*, o encerramento do processo de insolvência assume-se como o momento-chave para o incidente da exoneração do passivo restante.

7.2. As questões

Para efeitos da *determinação do início do período de cessão*, mostra-se essencial a fixação exata do momento do encerramento do processo.

Uma particularidade do incidente da exoneração que importa tratar prende-se com o lapso de tempo decorrido entre o despacho inicial a admitir a exoneração e o encerramento do processo de insolvência.

Demasiadas vezes, e sem que tenha praticado qualquer ato/omissão que contribua para isso, o devedor é sujeito a um arrastar do processo de insolvência que afeta diretamente o início do período da cessão. Isto deve-se, em regra, à necessidade de proceder à liquidação dos bens do devedor, apenas se procedendo ao encerramento após o rateio final. Ora, tais procedimentos de liquidação podem prolongar-se no tempo, especialmente no caso dos bens imóveis e das vicissitudes que os acompanham.

A introdução da alínea do n.º 1, al. e) do art.º 230 CIRE visava corrigir este problema.

Sucedo, contudo, que, na tentativa de resolver um problema, a al. e) acaba por criar outro. Isto porque a aplicação do encerramento previsto na alínea e) exclusivamente aos casos em que se verifique a inexistência de bens implica um regime mais favorável para

¹⁰⁸ AC TRL de 12 de março de 2015, Relator: António Martins.

os devedores sem bens do que aquele imposto aos devedores com bens. Definitivamente, isto constitui uma violação do princípio constitucional da igualdade – art.º 13 CRP.

A questão do encerramento do processo de insolvência cruza-se, necessariamente, com a possibilidade de *apreensão para a massa insolvente dos rendimentos do trabalho*. É necessário determinar exatamente quando cessa a apreensão e quando se iniciam as entregas da parte disponível do rendimento do insolvente. Consequentemente, impõe-se a necessidade de encontrar novas soluções.

7.3. As alterações legislativas

Em termos de fixação do momento relevante para determinar o termo inicial do período da cessão de rendimentos, as alterações ao CIRE, operadas pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril, e pelo DL n.º 26/2015, de 06 de fevereiro, nada inovaram¹⁰⁹.

A introdução da alínea e) ao n.º 1 do art.º 230.º CIRE pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril acabou por fracassar na sua intenção de resolver os problemas existentes com a fixação do encerramento do processo de insolvência. Tal como anteriormente tratado, esta lei veio conferir ao juiz a possibilidade de decretar o encerramento do processo de insolvência, mas apenas na circunstância de inexistência de bens. Relativamente ao encerramento do processo na situação em que é necessário proceder à liquidação de bens do devedor, esta lei é totalmente inócua.

Para corrigir este problema da alínea e), mostrou-se necessária uma nova alteração legislativa, operada pelo DL n.º 79/2017.

Antes de se proceder à análise da solução prevista na suprarreferida alteração, é importante fazer um ponto prévio, e analisar a situação *antes da entrada em vigor da DL n.º 79/2017* em relação com a doutrina existente relativamente ao tema.

Se no despacho inicial o juiz decretasse sempre o encerramento do processo quando nessa altura o processo de insolvência ainda não estivesse encerrado, o devedor com bens sairia profundamente beneficiado¹¹⁰. Em regra, o administrador da insolvência apenas inicia a venda dos bens apreendidos para a massa após a assembleia de apreciação do relatório – art.º 158.º, n.º 1 CIRE. Ou seja, aquando do encerramento do processo de insolvência, por aplicação da regra prevista na alínea e), os bens do devedor provavelmente ainda não foram liquidados¹¹¹.

Isto levanta imediatamente uma questão: qual o efeito do encerramento do processo de insolvência para aos bens do devedor¹¹²? Esta problemática em relação aos bens a liquidar impede o juiz de decretar o encerramento no despacho inicial¹¹³.

Assim, quando há de facto bens a liquidar, o juiz decreta o encerramento do processo de insolvência após a realização do rateio final¹¹⁴ – art.º 230.º, n.º 1, al. a) CIRE.

¹⁰⁹ AC TRE de 11 de maio de 2017, Relator: Bernardo Domingos.

¹¹⁰ Soveral, 2015, p. 596.

¹¹¹ O administrador da insolvência teria disposto de, no máximo, 10 dias para proceder a esta venda. Na prática é algo, francamente, inexequível.

¹¹² Levantam a mesma questão Fernandes & Labareda, 2015, p. 829.

¹¹³ Por força do disposto no art.º 239.º, n.º 2 CIRE, o período da cessão de rendimentos é subsequente ao encerramento do processo.

¹¹⁴ AC TRG de 03 de novembro de 2016, Relator: António Sobrinho.

“É certo que poderá haver quem entenda que a solução passa antes por considerar que é admissível, nos casos em análise, um ‘encerramento pequenino’: um encerramento que não impede a liquidação. O despacho inicial do incidente de exoneração declara o encerramento do processo mas aquele encerramento não produzia todos os efeitos previstos no art.º 233.º, ou seja, não produziam os efeitos que impedissem a liquidação dos bens do devedor”¹¹⁵.

Nesta citação, é óbvia a crítica de Alexandre de Soveral Martins perante esta solução. O Autor parece considerar a solução apresentada uma interpretação do CIRE que levaria a uma perversidade do plano delineado pelo legislador.

Em posição integralmente oposta, Cláudia Oliveira Martins defende que “seria muito mais coerente para o sistema a interpretação da nova alínea e) no sentido de que o fundamento de encerramento aqui em análise se aplicaria a todos os processos em que tivesse sido requerida a exoneração do passivo restante, sendo que todavia os efeitos desse encerramento, no caso de haver bens a liquidar, apenas se produziriam quanto ao início do período de cessão”¹¹⁶. Esta solução, defende a Autora, traria inúmeras vantagens para o insolvente (que vê assim o tempo decorrido entre a declaração de insolvência e o fim do período da cessão e consequente concessão definitiva da exoneração do passivo restante largamente reduzida), sem que daí resultasse qualquer prejuízo para os credores¹¹⁷.

Esta posição parece fazer responder melhor às exigências que surgem na prática¹¹⁸ e confere uma maior celeridade a um processo cujo arrastar no tempo muito prejudica as famílias em questão.

Alexandre de Soveral Martins parece ignorar aquelas situações em que, por aplicação restritiva destes preceitos, por forma a evitar cometer o percalço de decretar o encerramento do processo antes de liquidados os bens do devedor, se comete uma outra injustiça, ao arrastar um processo indefinidamente até se proceder a esta venda, provocando um prejuízo ao devedor e à sua família.

Ou seja, quem sai verdadeiramente injustiçado nesta situação são os devedores que possuem bens por liquidar.

A possibilidade de decretar um encerramento do processo de insolvência caso existam bens por liquidar estabelece um regime mais benéfico para os devedores sem bens. Ora, qual será o sentido de prever um regime que beneficia os devedores sem bens em detrimento dos devedores com bens por liquidar? Absolutamente nenhum! E fazê-lo para salvaguardar uma qualquer interpretação do espírito da lei menos sentido fará.

¹¹⁵ Cit. Martins, A.S., 2015, p. 599.

¹¹⁶ Cit. Martins, C.O., 2016, pp. 225-226.

¹¹⁷ Martins, C.O., 2016, p. 226.

¹¹⁸ O prazo legalmente previsto para a liquidação do ativo (art.º 169.º CIRE) é manifestamente insuficiente – bastará a existência de um imóvel para que não seja expectável o seu cumprimento.

No modelo alemão, que serviu de forte matriz ao legislador português, o período da cessão inicia-se com a prolação do despacho liminar e segue o seu rumo independentemente da sorte do processo de insolvência¹¹⁹.

Alguns jurisprudências já vinham a aplicar esta solução¹²⁰, pelo que a sua consagração legal não era apenas uma necessidade, mas uma exigência.

Fazer coincidir o início do período da cessão com o encerramento do processo talvez tenha sido uma fragilidade do instituto no sistema legal nacional, considerando as inúmeras desvantagens que daí decorrem¹²¹.

Ciente das críticas apontadas às dificuldades de articulação dos arts.º 230.º, n.º 1, al. e) e 232.º, n.º 6 CIRE e das desvantagens decorrentes da referência do início do período da cessão ao encerramento do processo, o legislador decidiu alterar o quadro legal então vigente, de modo a que o fundamento de encerramento da al. e) se aplique a todos os processos em que tiver sido requerida a exoneração¹²².

A introdução do n.º 7 ao art.º 233.º CIRE, imposta pelo DL n.º 79/2017 vai quase perfeitamente ao encontro da solução defendida por Cláudia Oliveira Martins:

“7 – O encerramento do processo de insolvência nos termos da alínea e) do n.º 1 do artigo 230.º, quando existam bens ou direitos a liquidar, determina unicamente o início do período da cessão do rendimento disponível.”

Com recurso a menos de 35 palavras, o legislador acabou por consagrar uma solução que, longe de perfeita¹²³, repõe alguma justiça nesta questão.

Este aditamento parece-me, e salvo melhor entendimento, francamente bem conseguido¹²⁴. Consegue acautelar os interesses do devedor, protegendo-o da eventual demora dos procedimentos de liquidação, e, simultaneamente, não prejudica os credores, pois não há uma efetiva redução do período da cessão¹²⁵. Esta solução obteve grande acolhimento, tal como se demonstra na mais recente jurisprudência¹²⁶.

Fundamentalmente, o que este aditamento veio prever, foi o “encerramento pequeno” que Alexandre de Soveral Martins tanto criticou¹²⁷.

¹¹⁹ Martins, C.O., 2016, p. 225.

¹²⁰ AC TRC de 18 de outubro de 2016, Relator: Fonte Ramos.

¹²¹ Cit. Martins, C.O., 2016, p. 225.

¹²² AC TRG de 09 de novembro de 2017, Relator: Alcides Rodrigues.

¹²³ Martins, A.S., 2018, p. 22. O Autor entende que a solução adotada peca por complicada. Para o Autor, o mesmo resultado teria sido possível caso se mexesse no regime da exoneração do passivo restante, em vez de alterar o encerramento do processo de insolvência.

¹²⁴ Pidwell, 2016, p. 200. Para o autor, constitui uma solução mais justa e adequada ao espírito do *fresh start*.

¹²⁵ AC TRG de 08 de março de 2018, Relator: Alcides Rodrigues.

¹²⁶ AC TRE de 08 de março de 2018, Relator: Tomé Ramião; AC TRE de 09 de março de 2018, Relator: Vítor Sequinho; AC TRE de 22 de março de 2018, Relator: Francisco Matos; AC TRL de 06 de março de 2018, Relator: Carlos Oliveira; AC TRP de 11 de abril de 2018, Relator: Aristides Rodrigues de Almeida; AC TRG de 08 de novembro de 2018, Relator: Fernando Fernandes Freitas; AC TRP de 08 de outubro de 2018, Relator: Carlos Gil.

¹²⁷ Tal como o mesmo Autor admite: Martins, A.S., 2018, p. 21.

7.4. Novas questões

O período da cessão foi elaborado no pressuposto de que, havendo bens a liquidar, o período só teria início com o encerramento do processo de insolvência¹²⁸.

Esta nova solução legal, ao alterar substancialmente este regime, suscita várias questões práticas que importará tratar.

O exercício, em simultâneo, das funções de administrador da insolvência e do fiduciário

A alteração do DL n.º 79/2017 impõe a questão: haverá exercício de funções, em simultâneo, das funções do administrador da insolvência e do fiduciário¹²⁹?

Estas duas figuras jurídicas – que frequentemente serão coincidentes¹³⁰ – envolvem a prática de atos em diferentes dimensões no processo de insolvência, quer seja no incidente da exoneração do passivo restante, quer seja na liquidação do ativo¹³¹.

Com o exercício pela mesma pessoa de ambas as funções, imediatamente ocorre o risco de confundibilidade entre os valores obtidos através da liquidação do ativo, destinados à massa insolvente, e os valores provenientes das entregas realizadas no período da cessão dos rendimentos integrantes da parte disponível, destinados diretamente aos credores não satisfeitos no processo da insolvência.

A elaboração da própria lista dos credores a ressarcir através da entrega da parte disponível dos rendimentos no período da cessão torna-se, desde logo, impossível até ao encerramento do processo de insolvência.

Com o encerramento do processo de insolvência, cessam as atribuições do administrador da insolvência – art.º 233.º n.º 1, al. b) CIRE.

Ora, este será um dos efeitos que o encerramento do DL n.º 79/2017 certamente não terá. Assim, a questão não se figura de todo impossível de resolver: impõe-se ao fiduciário o dever de cuidar dos valores obtidos no período da cessão, reservando-os para rateio findo o processo de insolvência e uma vez elaborada a lista dos credores do remanescente da dívida não satisfeita pela insolvência.

Quando se produzem os restantes efeitos do encerramento?

Mas, afinal, quando se produzem os restantes efeitos do encerramento do processo de insolvência, por exemplo a fixação da residência do insolvente ou a cessação da competência dos órgãos da insolvência – art.º 233.º CIRE?

A sua menção é essencial para compreender o conflito que irrompe com a alteração imposta pelo DL n.º 79/2017: qual o efeito deste “pequeno” encerramento para a apreensão a favor da massa insolvente dos rendimentos de trabalho?

Com a referida alteração, o período da cessão poderá coincidir, em parte, com o processo de insolvência.

¹²⁸ Epifânio, 2019, p. 394.

¹²⁹ Epifânio, 2019, p. 394.

¹³⁰ Na prática, e tendo em conta a similaridade do exercício de ambas as funções, estas acabam por ser confiadas a uma mesma pessoa. Isto significa que, caso o processo e o incidente corresse em paralelo, haveria situações em que as funções acabariam por ser cumuladas.

¹³¹ AC TRG de 19 de outubro de 2017, Relator: Eugénia Maria de Moura Marinho da Cunha.

Cumular as entregas realizadas no período da cessão com a apreensão dos rendimentos desvirtuaria totalmente a fixação de uma parte indisponível e poderia ainda colocar um fardo excessivamente pesado sobre o devedor.

Também não se pode confundir a cessão do rendimento disponível no âmbito do incidente da exoneração com a apreensão do património do insolvente¹³², fazendo esta operar retroativamente¹³³.

Ora, nos casos em que o encerramento do processo de insolvência tardava, o devedor via os seus rendimentos apreendidos através da penhora a favor da massa insolvente. Na perspetiva deste, isto correspondia a um efetivo alargamento do período da cessão.

Estas situações estiveram na génese da alteração imposta pela Lei n.º 16/2012, de 20 de abril.

Indiscutivelmente, o principal efeito, para o devedor, do período da cessão, é a obrigatoriedade de entrega dos rendimentos que excedam a parte indisponível – art.º 239.º, n.º 4, al. c) CIRE. Contudo, este não será a o único dever a que o devedor se encontra adstrito.

Este “pequeno” encerramento veio reduzir significativamente a duração de tempo (e consequentemente de dinheiro) reservado à apreensão a favor da massa insolvente dos rendimentos de trabalho¹³⁴.

Com a introdução do n.º 7 ao art.º 233.º CIRE, surge um encerramento que meramente produz efeitos relativamente à contagem do início do período da cessão para efeitos da exoneração do passivo restante.

Antes da referida alteração, havia uma coincidência quase absoluta entre os efeitos produzidos pelo encerramento e aqueles produzidos pelo início do período da cessão do rendimento disponível. Dessa feita, à enumeração feita pelo art.º 233.º, havia que adicionar outros efeitos decorrentes do art.º 242 CIRE.

Entre estes, destaca-se uma contradição entre os dois artigos quanto à possibilidade de propositura de ações executivas. Enquanto a al. c), n.º 1 do art.º 233.º prevê a possibilidade de os credores da insolvência exercerem os seus direitos contra o devedor, já do n.º 1 do art.º 242.º resulta um efeito de tipo processual impossibilitando a propositura de ações executivas durante o período da cessão. Ora, mesmo que estes dois momentos já não coincidam, esta questão é fácil de resolver.

Sucedem que, quer antes da alteração, quer após a mesma, não haverá oportunidade para os credores intentarem ações executivas contra o devedor.

Antes da alteração, encerrado o processo de insolvência, iniciar-se-ia imediatamente o período da cessão. Nas situações após a alteração, o que sucede é que o encer-

¹³² AC TRE de 08 de março de 2018, Relator: Vítor Sequinho.

¹³³ No sentido oposto: AC TRE de 28 de setembro de 2017, Relator: Isabel Peixoto Imaginário. “Na situação em que, não se tendo efetivado a apreensão de rendimentos na pendência do processo de insolvência, o cumprimento escrupuloso por parte do devedor da obrigação de entrega do rendimento disponível após a prolação do despacho inicial do incidente de exoneração do passivo restante, recebidas que sejam as quantias entregues, implica que se considere desde então em curso o período da cessão, ainda que não tenha sido declarado o encerramento do processo”.

¹³⁴ Acabou também com o incentivo para os credores de atrasar a liquidação nos processos em que a apreensão está a ser feita por forma a recheiar a massa insolvente.

ramento do processo, com os seus restantes efeitos, dá-se já no decorrer do período da cessão.

Em ambas as situações é de aplicar o preceituado no art.º 242.º. A aplicação do art.º 233.º reserva-se, assim, para as situações em que não é requerida a exoneração do passivo restante.

Como temos a liquidação da massa e o incidente da exoneração a correr paralelamente, a produção dos restantes efeitos do encerramento terá lugar em função do que suceder de um e de outro lado¹³⁵: “Os demais efeitos do encerramento seriam decretados após a elaboração do rateio final, o que salvaguardaria os competentes despachos”¹³⁶.

Será, ou não, necessária uma outra decisão de encerramento?

A lei é omissa quanto à necessidade de uma outra decisão de encerramento do processo de insolvência para que se produza a totalidade dos efeitos do art.º 233.º CIRE.

Não esclarecer esta questão poderá levar a decisões contraditórias da Jurisprudência e à conseqüente insegurança jurídica, pelo que se figura crucial definir se será necessária, ou não, uma nova decisão de encerramento.

Na situação em que foi proferido o encerramento para efeitos da exoneração do passivo restante quando havia ainda bens a liquidar, Alexandre de Soveral Martins¹³⁷ coloca duas hipóteses:

A. O rateio final ocorre antes da decisão final de exoneração:

Se forem satisfeitos todos os créditos sobre a insolvência aplica-se o art.º 243.º, n.º 4 CIRE, extinguindo-se o incidente da exoneração. Se não forem integralmente satisfeitos todos os créditos sobre a insolvência, o incidente de exoneração prosseguirá.

B. A decisão final de exoneração ocorre antes de terminar a liquidação no processo de insolvência:

Esta situação é mais difícil de resolver. A produção dos efeitos da decisão final de exoneração levaria à extinção de todos os créditos sobre a insolvência. Claro está que tal levaria à inutilidade de todo o processo de insolvência (pelo menos para os credores). O Autor entende que o processo de insolvência deverá prosseguir para que a liquidação tenha lugar, produzindo-se os restantes efeitos do encerramento uma vez realizado o rateio final.

A verdade é que o momento crucial para o encerramento é o rateio final, último momento útil do processo de insolvência. Assim, fará todo o sentido fazer corresponder esse momento ao da produção dos restantes efeitos do encerramento do processo, sem que se prove necessária uma nova decisão de encerramento aplicando-se, por analogia, o disposto nos arts.º 230.º, n.º 1, a) e 233.º, n.º 1 CIRE.

¹³⁵ Martins, A.S., 2018, p. 21.

¹³⁶ Cit. Martins, C.O., 2016, p. 226.

¹³⁷ Martins, C.O., 2018, pp. 21-22.

8. Conclusão

Feita a necessária introdução ao mecanismo da exoneração do passivo restante e exposto todo o procedimento do incidente, foram referidas algumas questões que, porém, não foram tratadas com o necessário detalhe. Não obstante, a sua menção configurava-se como absolutamente necessária para melhor compreender a repercussão que a questão objeto desta dissertação pode assumir.

O tema da presente dissertação prende-se com a fixação do início do período da cessão do rendimento disponível através do esclarecimento do regime do encerramento do processo da insolvência.

Identificado pela Jurisprudência como uma questão fulcral a resolver, e objeto de inúmeros Acórdãos contraditórios, o legislador introduziu a alínea e) ao n.º 1 do art.º 230.º CIRE por forma a permitir um encerramento do processo de insolvência mais célere. Este encerramento visava, essencialmente, evitar aquelas situações em que o arrastar do processo de insolvência, acrescido da possibilidade de apreensão para a massa insolvente dos rendimentos do insolvente, traduzia, na perspetiva do devedor insolvente, um prolongamento indefinido do período de cessão.

Sucedo que esta alteração legislativa não é de todo feliz. Categoriza, por via do procedimento, os devedores de forma distinta consoante a existência de bens a liquidar aplicando-se dois regimes distintos. Cria uma enorme e incompreensível injustiça.

Assim, foi necessário esperar mais cinco anos por uma solução adequada a esta problemática: a introdução do n.º 7 ao art.º 233.º CIRE. Esta alteração veio modificar os efeitos do encerramento do processo de insolvência, permitindo acabar com a distinção imposta pela alínea e) e não comprometendo as finalidades do processo de insolvência.

Esta solução consagra um encerramento meramente para efeitos de contagem do período da cessão do rendimento disponível. Origina, todavia, outras questões que importa serem resolvidas.

Esta dissertação enumera essas questões e faz sugestões para a sua solução que se afiguram simples e eficazes, não comprometendo o espírito da exoneração do passivo restante ou do processo de insolvência.

Bibliografia

- BRANCO, J.M. (2017). Uma abordagem estatística ao fenómeno da insolvência: Evolução e tendências. *Revista de Direito da Insolvência*, n.º 1, pp. 245-267.
- CONCEIÇÃO, A.F. (2013). Disposições específicas da insolvência de pessoas singulares no Código da Insolvência e Recuperação de Empresas. In *I Congresso de Direito da Insolvência*. Coimbra: Almedina, pp. 29-62.
- CRISTAS, A. (2005a). Exoneração do devedor pelo passivo restante. *Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Edição Especial – Novo Direito da Insolvência*, pp. 165-182.
- CRISTAS, A. (2005b). *Transmissão contratual do direito de crédito*. Coimbra: Almedina.
- EPIFÂNIO, M.R. (2019). *Manual de direito da insolvência*, 7.ª Edição. Coimbra: Almedina.
- FERNANDES, L.A.C. & LABAREDA, J. (2009). *Colectânea de estudos sobre a insolvência*. Lisboa, Quid Juris.
- FERNANDES, L.A.C. & LABAREDA, J. (2015). *J. Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, 3.ª Edição. Lisboa: Quid Juris.
- FERREIRA, J.G. (2013). *A exoneração do passivo restante*. Coimbra: Coimbra Editora.
- KIRCHOFF, H.P., EIDENMÜLLER, H. & STÜRNER, R. (2007). *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*. Band 3, 2. Auflage.
- LEITÃO, A.M. (2017a). *Direito da insolvência*. Lisboa: AAFDL.
- LEITÃO, A.M. (2017b). *Insolvência de pessoas singulares*. Lisboa: AAFDL.
- LEITÃO, L.M.T.M. (2019). *A recuperação económica dos devedores – (RERE, PER, PEAP, plano de insolvência, plano de pagamentos e exoneração do passivo restante)*. Coimbra: Almedina.
- LEITÃO, L.M.T.M. (2017). *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas anotado*, 9.ª Edição. Coimbra: Almedina.
- LEITÃO, L.M.T.M. (2015). *Direito da insolvência*, 6.ª Edição. Coimbra: Almedina.
- MACHADO, J.B. (2011). *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 19.ª reimpressão. Coimbra: Almedina.
- MARTINS, A.S. (2018). *Estudos de direito da insolvência*. Coimbra: Almedina.
- MARTINS, A.S. (2015). *Um curso de direito da insolvência*. Coimbra: Almedina.
- MARTINS, C.O. (2016). O procedimento de exoneração do passivo restante – Controvérsias jurisprudenciais e alguns aspetos práticos. *Revista de Direito da Insolvência*, n.º 0, pp. 213-230.
- MARTINS, L.M. (2012). *Recuperação de pessoas singulares*, vol. I, 2.ª Edição. Coimbra: Almedina.
- PIDWELL, P. (2016). Insolvência das pessoas singulares. O *fresh start* – será mesmo começar de novo? O fiduciário. Algumas notas. *Revista de Direito da Insolvência*, n.º 0, pp. 195-211.
- PINTO, P.M. (2015). Exoneração do passivo restante: Fundamento e constitucionalidade. In *III Congresso de Direito da Insolvência*. Coimbra: Almedina, pp. 175-195.
- SERRA, C. (2017). *Lições de direito da insolvência*. Coimbra: Almedina.
- SERRA, C. (2010). *O novo regime português de insolvência – Uma introdução*, 4.ª Edição. Coimbra: Almedina.
- SERRA, C. (2012). *O regime português da insolvência*, 5.ª Edição revista e atualizada. Coimbra: Almedina.

SOUSA, A.F. (2011). Exoneração do passivo restante e fórum shopping na insolvência de pessoas singulares na União Europeia. In *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 57-98.

VARELA, J.M.A. (1997). *Das obrigações em geral*, vol. II, 7.^a Edição. Coimbra: Almedina.

VICENTE, J.R.G. (2010). Un régimen especial para el concurso del consumidor? Notas sobre la liberación de deudas pendientes. *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 20, pp. 205-234.

Jurisprudência

Supremo Tribunal de Justiça

- Acórdão de 15 de março de 2007, Relator: Oliveira Rocha.
- Acórdão de 24 de janeiro de 2012, Relator: Fonseca Ramos.

Tribunal da Relação de Coimbra

- Acórdão de 24 de outubro de 2006, Relator: Freitas Neto.
- Acórdão de 06 de março de 2007, Relator: Isaías Pádua.
- Acórdão de 08 de maio de 2012, Relator: Carvalho Martins.
- Acórdão de 03 de junho de 2014, Relator: Henrique Antunes.
- Acórdão de 24 de fevereiro de 2015, Relator: Isabel Silva.
- Acórdão de 17 de março de 2015, Relator: Fonte Ramos.
- Acórdão de 18 de outubro de 2016, Relator: Fonte Ramos.

Tribunal da Relação de Évora

- Acórdão de 09 de fevereiro de 2017, Relator: Canelas Brás.
- Acórdão de 11 de maio de 2017, Relator: Bernardo Domingos.
- Acórdão de 28 de setembro de 2017, Relator: Isabel Peixoto Imaginário.
- Acórdão de 08 de março de 2018, Relator: Tomé Ramião.
- Acórdão de 09 de março de 2018, Relator: Vítor Sequinho.
- Acórdão de 22 de março de 2018, Relator: Francisco Matos.

Tribunal da Relação de Guimarães

- Acórdão de 14 de janeiro de 2016, Relator: Maria Cristina Cerdeira.
- Acórdão de 15 de março de 2016, Relator: Miguel Baldaia Morais.
- Acórdão de 03 de novembro de 2016, Relator: António Sobrinho.
- Acórdão de 19 de outubro de 2017, Relator: Eugénia Maria de Moura Marinho da Cunha.
- Acórdão de 09 de novembro de 2017, Relator: Alcides Rodrigues.
- Acórdão de 08 de março de 2018, Relator: Alcides Rodrigues.
- Acórdão de 17 de maio de 2018, Relator: António Barroca Penha.
- Acórdão de 14 de junho de 2018, Relator: Amílcar Andrade.
- Acórdão de 08 de novembro de 2018, Relator: Fernando Fernandes Freitas.

Tribunal da Relação de Lisboa

- Acórdão de 16 de novembro de 2010, Relator: Maria João Areias.
- Acórdão de 12 de abril de 2011, Relator: Ana Resende.

- Acórdão de 06 de outubro de 2011, Relator: Olindo Geraldês.
- Acórdão de 28 de novembro de 2013, Relator: António Ferreira de Almeida.
- Acórdão de 18 de fevereiro de 2014, Relator: Luís Espírito Santo.
- Acórdão de 27 de fevereiro de 2014, Relator: Teresa Pardal.
- Acórdão de 12 de março de 2015, Relator: António Martins.
- Acórdão de 19 de setembro de 2015, Relator: António Martins.
- Acórdão de 06 de março de 2018, Relator: Carlos Oliveira.

Tribunal da Relação do Porto

- Acórdão de 23 de março de 2009, Relator: Maria José Simões.
- Acórdão de 28 de setembro de 2010, Relator: João Ramos Lopes.
- Acórdão de 07 de outubro de 2010, Relator: Filipe Carçoço
- Acórdão de 25 de janeiro de 2011, Relator: Maria do Carmo Domingues.
- Acórdão de 15 de março de 2011, Relator: Rodrigues Pires.
- Acórdão de 05 de março de 2013, Relator: Rui Moreira.
- Acórdão de 24 de setembro de 2013, Relator: Rodrigues Pires.
- Acórdão de 16 de janeiro de 2014, Relator: Correia Pinto.
- Acórdão de 07 de novembro de 2016, Relator: Oliveira Abreu.
- Acórdão de 24 de janeiro de 2017, Relator: Márcia Portela.
- Acórdão de 11 de outubro de 2017, Relator: Maria Cecília Agante.
- Acórdão de 16 de janeiro de 2018, Relator: José Igreja Matos.
- Acórdão de 20 de março de 2018, Relator: Vieira e Cunha.
- Acórdão de 11 de abril de 2018, Relator: Aristides Rodrigues de Almeida.
- Acórdão de 08 de outubro de 2018, Relator: Carlos Gil.

Marcas não tradicionais
O desprender da era do papel:
o requisito da representação em análise

Catarina Filipa Azevedo Fernandes

Sob a orientação da
Professora Doutora Maria Victória Rocha

“Quero deixar uma marca no universo”
Steve Jobs

Agradecimentos

Aos meus pais e à minha irmã, por estarem presentes em todos os momentos, por acreditarem em mim e na concretização do meu trabalho.

Ao Adriano, pelo apoio incondicional e por ser o meu refúgio em todos os momentos de agitação.

À Senhora Professora Doutora Maria Victória Rocha, a quem expesso o meu reconhecimento, por ter aceitado orientar esta dissertação, pela partilha do saber e pelo encorajamento.

Às minhas amigas da universidade e do estágio que me acompanharam nesta cruzada e que nunca me deixaram só.

A todos, o meu muito obrigado!

Resumo

Neste estudo propomo-nos desenvolver algumas questões que se impõem no Direito de Marcas não tradicionais, bem como tecer algumas considerações acerca das dificuldades e vantagens que lhes são inerentes e da sua escassa aceitação por parte dos tribunais e dos institutos que concedem o registo.

Com o objetivo central de desconstruir o requisito da representação (gráfica ou não), de cuja verificação depende o registo da marca, a nossa dissertação será dividida em três capítulos que procuraremos ilustrar com exemplos, referências a casos jurisprudenciais e dados estatísticos. Para iniciar, introduziremos a temática fazendo menção à sua relevância no âmbito da propriedade intelectual. Numa perspetiva atual e de futuro interligaremos o plano jurídico, o *marketing* e, bem assim, as necessidades cada vez mais sofisticadas dos agentes económicos. Posteriormente, no primeiro capítulo, delimitaremos a rede legal, teceremos algumas considerações acerca da sua evolução e discutiremos as escolhas do legislador (nacional e da UE). Posto isto, no segundo capítulo, faremos um enquadramento geral sobre o Direito de Marcas, destacando apenas alguns aspetos que consideramos essenciais para a compreensão do nosso tema. Seguir-se-á, no terceiro capítulo, uma abordagem dos limites intrínsecos à composição da marca, onde será privilegiado o requisito da representação (gráfica ou não) e, ulteriormente, ainda que de forma concisa, referir-nos-emos ao requisito da capacidade distintiva (corolário da marca). De seguida, exploraremos algumas categorias de sinais não convencionais, enfatizando os sinais olfativos por serem dos mais problemáticos a nível da representação. A sua análise antecederá a conclusão e crítica do tema.

Em face da mudança de paradigma legislativo, procuraremos fazer, ao longo do texto, o exercício imperativo de repensar e perspetivar os sinais não convencionais enquanto ferramentas de grande importância socioeconómica. Antevendo as nossas conclusões, é de referir que o desprender da era do papel, relativamente a alguns sinais sensoriais (*e.g.* olfativos e gustativos), é, pelo menos por agora, mais teórico do que prático. Isto porque a possibilidade de os requerentes obterem monopólios sobre sinais, que devem estar na disponibilidade de todos os operadores, acarreta um risco acrescido de distorção da concorrência. Adivinha-se um longo trilho a percorrer para a concessão de proteção jurídica a estes sinais.

Palavras-chave: Marcas não tradicionais; representação; registo; avanços tecnológicos.

Abstract

The present dissertation is the result of an extended and exhaustive study on non-traditional Trademark-Law and its application, uncovering both drawbacks and advantages of its applicability, as well as the resistance of the court of law and other legitimate institutes regarding its acceptance.

It is organised in three chapters, containing much case law and data aimed at deconstructing the representation requirement (whether graphical or not), which the process of vetting is highly dependent upon for trademark registration. First, we will introduce the main theme and its relevance for property law. Having in mind not only the present days, but also the future, we will proceed by connecting the legal sphere to both marketing and economic agents, which are presently becoming more and more sophisticated. We will then narrow down the legal sphere, present considerations concerning its evolution, and debate the National and the European legislators' choices. The second chapter, on Trademark-Law, contains a comprehensive framework of this subject, highlighting some aspects we believe crucial for a proper understanding of our study. As for the third chapter, an analysis of the boundaries of trademark composition is presented, focusing on both the representation requirement (whether graphical or not) and the distinctive character requirement. Subsequently, we will explore some classes of non-conventional signals, emphasising the olfactory signals, the most problematic ones in terms of representation. This analysis will be followed by the study's conclusion.

Considering the legislative paradigm, we will make the imperative exercise of rethinking and prospecting artificial means as tools of great socioeconomic importance. Anticipating our conclusions, it is to be noted that detachment from the paper era in what concerns some sensory signals is, at least for now, more theoretical than practical. The possibility for applicants to monopolize signals which should be available to all operators carries an extra risk of distortion of competition. Therefore, there is still a long way ahead in what respects the legal protection of these signs.

Keywords: Non-conventional trademarks; representation; registrations; technological advances.

Lista de siglas e abreviaturas

Aa.Vv.	Autores Vários
Ac(s).	Acórdão(s)
ADI	<i>Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor</i> (até 1993, designada <i>Actas de Derecho Industrial</i>) (Espanha)
ADPIC (ATRIPS)	Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (<i>Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights</i>)
AG	Advogado-Geral
Al(s).	Alínea(s)
Art(s).	Artigo(s)
BOIP (BOIP)	Instituto de Propriedade Intelectual do Benelux (<i>Benelux Office of Intellectual Property</i>)
Cap.	Capítulo
CDADC	Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos – Decreto Lei n.º 63/85, de 14/03, com as alterações do Decreto-Lei n.º 100/2017, de 23/08
CDP	Cadernos de Direito Privado
CE	Comunidade Europeia
CEE	Comunidade Económica Europeia
<i>Cfr.</i>	Confrontar
CJ	Coletânea de Jurisprudência
Consult.	Consultado em
CPI	Código da Propriedade Industrial
CPI de 1940	Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 30/679, de 24/08/1940
CPI de 1995	Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 16/1995, de 24/01
CPI de 2003	Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36/2003, de 05/03
CRP	Constituição da República Portuguesa
DI	Direito Industrial
Disp.	Disponível em
DL	Decreto-Lei
DM	Diretiva (UE) 2015/2436, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16/05
DM de 1988	Diretiva 89/104/CEE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21/12/1988
Ed.	Editora
<i>e.g.</i>	<i>Exempli gratia</i>
EIPR	<i>European Intellectual Property Review</i> (Inglaterra)
EM	Estados-Membros

<i>et. al.</i>	<i>Et alii</i>
Ibid.	<i>Ibidem</i>
Id.	<i>Idem</i>
i.e.	Isto é
IEP (EPO)	Instituto Europeu de Patentes (<i>European Patent Office</i>)
IHMI	Instituto de Harmonização do Mercado Interno (cuja designação, em 23/03/2016, foi alterada para IPIUE)
IIC	<i>International Review of Intellectual Property and Competition Law</i> (Alemanha)
INPI	Instituto Nacional da Propriedade Industrial
IoT	<i>Internet of Things</i>
IPIUE (EUIPO)	Instituto da Propriedade Intelectual da União Europeia (<i>European Union Intellectual Property Office</i>)
Is.	Issue
n.	Nota
n.º	Número
Novo CPI	Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10/12
OMC	Organização Mundial do Comércio
OMPI (WIPO)	Organização Mundial da Propriedade Intelectual (<i>World Intellectual Property Organization</i>)
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
P(p).	Página(s)
PAM	Protocolo Referente ao Acordo de Madrid, de 27/06/1989
Proc.	Processo
RDC	Revista de Direito Comercial
RD <i>Industriale</i>	<i>Rivista di Diritto Industriale</i> (Itália)
RD Intelectual	Revista de Direito Intelectual
RMUE	Regulamento (UE) 2017/1001, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14/06, sobre a marca da União Europeia
ss.	Seguintes
TJ(CE)	Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (cuja designação foi alterada para TJ(UE) com o início de vigência do Tratado de Lisboa)
TJ(UE)	Tribunal de Justiça da União Europeia (designação que, com o início de vigência do Tratado de Lisboa, sucedeu a TJ(CE))
TMR	<i>The Trademark Reporter</i> (EUA)
TPI	Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (cuja designação, com o início de vigência do Tratado de Lisboa, foi alterada para Tribunal Geral da União Europeia)
UE	União Europeia
Vd.	<i>Vide</i>
Vol.	Volume

Advertência

Os Tratados, Diretivas e Regulamentos da UE referidos ao longo desta dissertação estão disponíveis para consulta no *site*: <https://eur-lex.europa.eu>. Os diplomas nacionais mencionados estão, salvo exceções assinaladas, disponíveis no *site*: <http://www.pgdlisboa.pt>. Sempre que uma disposição legal seja referida sem indicação da fonte deve entender-se, salvo se outro entendimento se retirar do contexto, que a mesma se refere ao Novo Código da Propriedade Industrial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 110/2018, de 10/12.

A jurisprudência é citada pela identificação do Tribunal, data, número de processo, identificação das partes, *nickname* do acórdão e data da última consulta. Todos os acórdãos citados estão disponíveis para consulta no *site*: <http://curia.europa.eu/jurisp>.

Todos os termos utilizados em língua estrangeira são colocados em itálico.

Todos os *links* mencionados ao longo do corpo do trabalho são abreviados, estando os *links* completos no separador da Bibliografia/Webgrafia.

Na Bibliografia/Webgrafia apresentada *in fine*, a ordenação é feita por ordem alfabética e/ou cronológica (no caso da webgrafia e dos autores que tenham mais do que uma obra citada).

A nossa redação respeita o novo acordo ortográfico. Porém, as referências obedecem sempre à escrita utilizada pelo autor ou pelo legislador, quando estejam em causa diplomas legais.

Índice

Introdução	10
Capítulo I – Quadro legal	12
1. Plano supranacional	12
2. Plano nacional	14
Capítulo II – Marcas	15
1. Considerações gerais	15
2. Limites intrínsecos à composição da marca	18
2.1. Necessidade de representação (gráfica ou não)	18
2.1.1. Breve nota acerca da UE e do plano internacional	24
2.2. Capacidade distintiva	25
Capítulo III – Marcas não tradicionais	27
1. Categorias de sinais	27
1.1. Sinais visíveis em si mesmos	27
1.1.1. Sinais monocromáticos	27
1.1.2. Sinais de multimédia, de holograma e de movimento	28
1.2. Sinais não visíveis em si mesmos	29
1.2.1. Sinais sonoros	29
1.2.2. Sinais olfativos	29
1.2.3. Sinais gustativos	33
Conclusão	33
Bibliografia	36

Introdução

Perante o paradigma dos agentes económicos e dos mercados cada vez mais competitivos e inovadores, a propriedade intelectual assume um papel de destaque em virtude do fenómeno da globalização e das novas tecnologias. Em 2016, o IPIUE e o IEP desenvolveram um estudo, intitulado *Intellectual property rights intensive industries and economic performance in the European Union*¹, que confirmou a relevância económica da propriedade intelectual, comprovando que 39% da atividade económica na UE advêm de empresas que usam massivamente os direitos de propriedade intelectual.

Segundo os relatórios estatísticos da OMPI² e do INPI³, Portugal é um dos países que mais utilizam a marca como modalidade de proteção de direitos de propriedade intelectual.

No ano de 2018 registou-se um acréscimo de 2,7% de pedidos de registo para marcas nacionais, passando de 19 641 (período de 2017) para 20 165. Estes pedidos foram maioritariamente apresentados por pessoas coletivas e tinham predominantemente por base sinais do tipo misto e verbal. Relativamente à proteção a nível da UE, em 2018 registou-se, comparativamente ao ano de 2017, um acréscimo de 3,3% na procura de proteção de marcas por requerentes de origem portuguesa, tendo existido 1867 pedidos de registo. Diferentemente, quanto à via internacional de proteção de marcas de origem portuguesa, os dados do INPI demonstram um decréscimo de 9,7% na procura, tendo sido apenas apresentados 187 pedidos.

Em 2019⁴, nos transatos meses de janeiro a abril já foram efetuados 8088 pedidos de registo de marcas e outros sinais distintivos do comércio junto do INPI, tendo sido concedidos, no mesmo período, 6135 registos.

Na nossa visão empírica, a sociedade do século XXI é uma sociedade de consumo massificado em que, muitas vezes, a oferta excede a procura, levando a que as empresas sejam forçadas a delinear estratégias de *marketing* mais agressivas e a criar marcas mais sedutoras. A marca é o DNA de uma empresa, é um ativo patrimonial de relevo⁵ e o elemento de ligação entre a empresa e o consumidor. Por esta razão, é muito importante que as empresas registem as marcas que criam, de modo a obterem o direito de propriedade e exclusivo para os produtos e serviços a que a mesma se destina. Isto porque se “uma marca não estiver registada não há garantia de benefício ou retorno económico”⁶.

O nascimento das marcas remete-nos para tempos muito recuados na História que, por escassez de tempo e de espaço, não teremos oportunidade de explorar⁷.

A marca, enquanto bem imaterial⁸, está pensada para ser apercebida pelos sentidos e identificar produtos ou serviços, distinguindo-os dos produtos ou serviços congéneres.

¹ Disp. <https://euipo.europa.eu>.

² Disp. <https://www.wipo.int>.

³ Disp. <https://inpi.justica.gov.pt>.

⁴ Disp. <https://inpi.justica.gov.pt>.

⁵ Candelario Macías & Rodríguez Grillo, 2009-2010, p. 143.

⁶ Sampaio, 2019, p. 268.

⁷ No tocante a esta matéria, remetemos, para mais desenvolvimentos, para a leitura de Serens, 2007.

⁸ Ou seja, enquanto bem que não tem uma existência sensível e que, por conseguinte, precisa de se materializar (*corpus mechanicum*) de forma a poder ser apercebido pelos sentidos. *Cfr.* Fernández-Nóvoa, 2017, p. 488.

Por este motivo, a marca é também denominada como sinal distintivo do comércio, na medida em que fornece aos adquirentes o que é necessário para que estes distingam e referenciem os produtos no mercado, ajudando-os nas suas escolhas.

O princípio da liberdade de iniciativa económica⁹, previsto no art. 61.º da CRP, permite que os inúmeros sujeitos económicos atuem no mercado, em posição de concorrência. Como ensina Carlos Olavo, “a concorrência representa a competição entre os vários empresários para atingirem a supremacia no mercado em relação aos demais, captando a preferência dos consumidores, dada a possibilidade de flutuação de escolha por parte destes”¹⁰. O direito à marca representa uma exceção à liberdade entre concorrentes, porquanto atribui “monopólios que restringem a margem de liberdade dos empresários e a dose de competição existente no mercado”¹¹. Porém, a aludida exceção só pode ser vista como algo positivo que fomenta o desenvolvimento económico.

Quem observa o novo contexto comercial sabe que a necessidade de originalidade é crescente, sendo certo que o que já existe não se mostra suficiente para chamar e deter a atenção do consumidor. Em nossa opinião, tal justifica-se pelo facto de o consumidor ter à sua disposição uma panóplia de ferramentas, como por exemplo anúncios publicitários, que ajudam e ao mesmo tempo dificultam todas as suas escolhas, aguçando naturalmente o seu espírito crítico e tornando-o cada vez mais exigente. Além disso, a capacidade que um empresário tem de inovar e de se distinguir constitui uma vantagem inegável no comércio.

As marcas convencionais estão a esvanecer-se e a saturar-se pela finitude do abecedário e dos algarismos, ao passo que as novas tipologias de sinais distintivos ainda se estão a impor. Contudo, tal não invalida que, cada vez mais, se ouça falar em marcas táteis, de posição, de *design retail store*, dinâmicas, gustativas, holográficas, monocores, sonoras, tridimensionais e olfativas. Dentro deste catálogo de marcas, as tridimensionais ou de forma¹² são relativamente mais usuais quando justapostas às marcas sensoriais.

O paradigma está a alterar-se à medida que as inovadoras formas de *marketing*, que tiram partido da experiência sensorial e emocional do consumidor (*branding* sensorial), se consolidam. Tudo aquilo que os múltiplos sentidos do ser humano conseguem detetar (um som, um odor, um sabor, uma impressão tátil, etc.) pode constituir uma indicação para o consumidor e, por conseguinte, cumprir a função de marca¹³. Nas palavras de Martin Lindstrom¹⁴, “a comunicação sensorial oferece-nos o potencial de criar um dos tipos mais estreitos de ligação já vistos entre uma marca e um consumidor”, e essa ligação afeta emocionalmente o consumidor e o seu comportamento de compra.

⁹ Este princípio também tem afloramentos noutras normas constitucionais, nomeadamente nos arts. 81.º/1, al. f) e 99.º/1.

¹⁰ Olavo, 2005a, p. 156.

¹¹ Sousa e Silva, 2011, p. 22.

¹² Recentemente, um estudo realizado por Adams e Scardamaglia confirmaram que as marcas tridimensionais são a categoria mais popular de marcas não tradicionais registadas. *Cfr.* Adams & Scardamaglia, 2018, p. 623.

¹³ Perot-Morel, 1996, p. 257.

¹⁴ Lindstrom, 2010, p. 134.

Esta factualidade não passou ao lado dos *marketeers*, que começaram a investir no aperfeiçoamento das formas de comunicação e dos meios por si utilizados na publicidade e no *marketing*, passando a privilegiar nas suas comunicações comerciais os sentidos que, ao contrário da visão, se encontravam até agora por explorar¹⁵.

Nesta senda, o *marketing* recente tem conferido mais destaque às marcas não tradicionais devido à sua capacidade de despoletar emoções no público e de afetar as suas decisões de compra.

São vários os interessados no *gap* associado a estes sinais distintivos, destacando-se, por um lado, as empresas que já possuem registos de marcas tradicionais e que pretendem alargar a sua imagem comercial e aumentar o espectro de registos de marcas e, por outro, aqueles que apostam na diferenciação e em novas formas de aliciar o consumidor nas suas escolhas.

Os interessados, para obterem a proteção jurídica do sinal, terão de superar as contingências do registo. Nessa medida, atendendo ao propósito do nosso estudo, são de destacar os progressos que se têm feito sentir relativamente à flexibilização do registo de marcas não tradicionais. O Novo CPI remodelou o conceito de marca ao alterar o requisito da representação. Desta forma, o preenchimento deste requisito formal é, pelo menos aparentemente, mais fácil para os requerentes que, para o fazer, podem recorrer aos meios tecnológicos. Porém, tendo em conta a doutrina do TJ(CE), o espírito que acompanha este quadro legal não se revela tão permissivo quanto a sua letra quer fazer parecer. Assim sendo, considerando os interesses subjacentes ao sistema de registo, os tribunais e os institutos que concedem o registo terão de ser cautelosos no seu exame. Caso assim não suceda, serão agravados alguns desafios criados pela necessidade de *enforcement* deste tipo de marcas (*e.g.*, podemos questionarmo-nos sobre a forma como o tribunal irá apurar a prática de crimes de imitação e de contrafação deste tipo de marcas, e quais os formatos que, no apuramento da usurpação ou do uso indevido, podem ser considerados pelas instâncias judiciais¹⁶).

Capítulo I – Quadro legal

1. Plano supranacional

Uma vez que o Direito de Marcas constitui uma ferramenta essencial do sistema de concorrência leal, a sua regulamentação é um assunto de particular relevo no seio da UE. Até ao momento, já muito se percorreu com vista a alcançar o objetivo de criar um Direito Europeu de Marcas.

O caminho legislativo foi iniciado pela Diretiva 89/104/CEE do Conselho, de 21/12/1988, que definiu exaustiva, mas não taxativamente, o conceito de marca¹⁷. No

¹⁵ Na doutrina, Torrubia Chalmeta, 2011-2012, p. 392, sublinha que a tendência para a adoção de sinais não convencionais tem por base o facto de os estímulos que o consumidor recebe através de órgãos distintos da visão poderem ser mais eficazes, por se conectarem com a parte mais instintiva do nosso cérebro.

¹⁶ Mota, 2013, p. 145.

¹⁷ Solnado da Cruz, 2008, p. 134, destaca que a interpretação do conceito de marca não foi aceite de forma uniforme na doutrina. Enquanto para alguns Autores a noção é ampla para “assegurar uma realidade elástica e adaptável à receção de novos sinais”, para outros, “trata-se mais de uma indicação aos EM, dos sinais que podem ser marcas e da enunciação da sua função”.

que concerne às legislações dos EM, as disparidades, em matéria de marcas, eram notáveis e, por conseguinte, foi necessário criar um instrumento uniforme e de aplicabilidade direta. Para esse efeito, surgiu o Regulamento (CE) n.º 40/94, de 20/12/1993, que criou a marca comunitária. Posteriormente, estes diplomas sofreram alterações e foram codificados na Diretiva 2008/95/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26/02 e no Regulamento (CE) n.º 207/2009, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26/02.

Decorridos alguns anos, fruto da necessidade de reforma, surgiu a Diretiva (UE) 2015/2436 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16/12 e o Regulamento (UE) 2015/2424, de 16/12. Por razões de clareza e racionalidade, em face das alterações substanciais que este último diploma sofreu, procedeu-se à sua codificação no Regulamento (UE) 2017/1001, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14/06.

O Novo CPI¹⁸ procedeu à transposição para o ordenamento jurídico português da DM, que aproxima, em matéria de marcas, as legislações dos EM e que, por sua vez, visa modernizar os sistemas já existentes e simplificar o acesso à proteção das marcas, de forma a impulsionar o empreendedorismo e o crescimento, em geral, da União e, em particular, das empresas. Estes diplomas fazem parte de um único pacote legislativo e propõem-se alcançar dois objetivos complementares: por um lado, a criação de um quadro legal que vise promover e impulsionar a inovação e o crescimento económico e, por outro lado, a manutenção da coexistência e complementaridade entre os regimes de proteção de marcas a nível nacional e a nível da UE¹⁹.

Os sucessivos diplomas referidos espelham a abertura²⁰ do legislador à aceitação de novas marcas e simplificam a apresentação do pedido de registo, nomeadamente através da alteração da exigência de representação gráfica, agora substituída pela exigência de representação que permita determinar de modo claro e preciso o objeto de proteção conferido ao seu titular²¹. Atendendo ao propósito deste estudo, importa sublinhar que a mudança a que nos referimos já se havia manifestado na proposta de alteração de Diretiva, apresentada pela Comissão Europeia em 27/03/2013, que teve como fundamento um estudo realizado, entre 2009 e 2011, pelo *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law*, sobre o funcionamento geral do sistema europeu de marcas. Neste estudo, a conclusão foi de que o requisito da representação gráfica é “obsoleto” e criador de “insegurança jurídica em torno da representação das marcas não tradicionais, como os meros sons”²².

¹⁸ Sobre os trabalhos preparatórios da revisão, *vd.* Remédio Marques, 2018, pp. 195-226.

¹⁹ *Vd.* preâmbulo do DL n.º 110/2018, de 10/12.

²⁰ Nas versões anteriores da DM, no art. 2.º, o legislador previa um elenco exemplificativo dos sinais que podiam constituir marca, quando cumprissem cumulativamente o requisito do carácter distintivo e o da suscetibilidade de representação gráfica. A atual DM, no seu art. 3.º, continua a prever exemplificativamente quais os sinais que podem constituir marca e inclui expressamente os sinais que consistam em cores e em sons, desde que estes tenham carácter distintivo e sejam suscetíveis de serem representados através de meios gráficos ou através de qualquer outro meio tecnicamente possível.

²¹ Tal ideia está confirmada no considerando 13 da DM, onde se prevê que “deverá ser permitido apresentar o sinal sob qualquer forma adequada, utilizando uma tecnologia geralmente disponível e, portanto, não necessariamente por meios gráficos desde que a representação ofereça garantias satisfatórias para esse efeito”.

²² *Vd.* pp. 5-6 (*disp.* <https://eur-lex.europa.eu>).

2. Plano nacional

Estudo comparado – o Novo e o Antigo CPI

No CPI de 1940²³ deu-se o grande salto quanto ao conceito e à definição de marca, tendo o legislador permitido, no seu art. 79.º, “o registo como marca de um sinal, ou conjunto de sinais nominativos, figurativos ou emblemáticos”. Não obstante este elenco taxativo, Nogueira Serens²⁴ já se pronunciava favoravelmente²⁵ quanto à admissibilidade das marcas tridimensionais, *máxime*, a forma da embalagem.

Posteriormente, foi publicado o CPI de 1995²⁶, que trouxe consigo o alargamento do catálogo de marcas admitidas, passando a constar da letra da lei (art. 165.º/1 e 2) a definição de marca como “sinal ou conjunto de sinais susceptíveis de representação gráfica, nomeadamente palavras, incluindo nomes de pessoas, desenhos, letras, números, sons, a forma do produto ou da respectiva embalagem, que sejam adequados a distinguir produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas” e também “as frases publicitárias para produtos ou serviços a que respeitem, independentemente do direito de autor, desde que possuam carácter distintivo”. Daqui resultava uma enumeração exemplificativa que – para além das marcas figurativas, nominativas e mistas – incluía as marcas de forma do produto ou embalagem e os sons²⁷. As incorreções existentes neste código levaram à sua substituição em 2003. Contudo, em matéria de marcas, o *statu quo* manteve-se mais ou menos inalterado, permanecendo quase *ipsis verbis*, no art. 222.º do CPI de 2003, a definição de marca que constava do CPI de 1995. Nesta senda, o legislador previu um elenco exemplificativo de sinais que podem constituir marcas e postulou na letra da lei a possibilidade de registo de marcas tradicionais e não tradicionais, quando estas respeitem os requisitos da capacidade distintiva e da suscetibilidade de representação gráfica. Na análise destes requisitos muitas foram as dúvidas que se levantaram na doutrina, na jurisprudência e no próprio INPI (como adiante se exporá).

O Novo CPI²⁸ define positivamente o conceito de marca no seu art. 208.º (que tem carácter exemplificativo, atente-se no advérbio “nomeadamente”) e delimita o mesmo conceito no postulado do art. 209.º, onde o legislador enumera os sinais insuscetíveis de registo. Da articulação destas normas resulta, grosso modo, que a marca pode ser constituída por um sinal ou conjunto de sinais susceptíveis de representação gráfica ou que possam ser representados de forma que permita determinar, de modo claro e preciso, o objeto de proteção que seja conferido ao seu titular, desde que sejam adequados para distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas. Ficam assim excluídas as marcas sem qualquer carácter distintivo e as marcas que sejam exclusivamente constituídas por indicações que possam servir no comércio para designar a espécie, a qualidade, a quantidade, o destino e a proveniência geográfica, ou outras caracte-

²³ Disp. <https://dre.pt>.

²⁴ Serens, 1991, pp. 58 e ss. *Ibid.*, Gama Lobo Xavier em nota de concordância, pp. 78-79.

²⁵ Em sentido contrário pronunciava-se, Ferrer Correia, 1973, p. 323, n.º 2, por considerar a marca um elemento extrínseco à estrutura do objeto.

²⁶ Disp. <https://dre.pt>.

²⁷ Sendo este um fator evidenciador da derrogação do princípio da independência física da marca, segundo o qual “o produto teria de estar acabado sob o ponto de vista essencial, funcional ou estético, independentemente da marca”, *cf.* Couto Gonçalves, 2009, p. 275.

²⁸ Com início de vigência em 01/07/19.

rísticas dos produtos ou dos serviços. Esta definição deve ainda ser complementada pelo disposto no art. 231.º, que enuncia os motivos absolutos de recusa do registo.

Da confluência destas normas, destacamos três condições essenciais (e cumulativas) de registabilidade da marca: em primeiro lugar, tem de estar em causa um sinal²⁹, em segundo lugar, tem de ser suscetível de representação e, em terceiro lugar, tem de ter caráter distintivo. A reunião destes requisitos poderá, em princípio³⁰, dar origem a um sinal passível de ser registado como marca.

Aqui chegados, podemos concluir que o Novo CPI prevê a trilogia clássica de marcas – comumente denominadas marcas figurativas (que se caracterizam pelo uso de uma certa figura ou emblema, ou seja, pelo uso de um certo grafismo), nominativas (que são constituídas por nomes ou palavras, integrando um determinado fonema, um sinal ou um conjunto de sinais nominativos) e mistas (que são compostas simultaneamente por elementos figurativos e nominativos) – e, para além destas, admite que sejam registadas marcas não tradicionais, tais como as tridimensionais, monocromáticas e sonoras a que o legislador faz expressamente menção no art. 208.º.

No Novo CPI merece destaque a inclusão expressa da “cor” enquanto sinal que pode *per se* constituir marca³¹.

Capítulo II – Marcas

1. Considerações gerais

No respeitante à noção de marca, acolhemos o entendimento de Coutinho de Abreu³² e definimos as marcas como “signos (ou sinais) suscetíveis de representação objetiva e autónoma destinados sobretudo a distinguir certos produtos de outros produtos idênticos ou afins”. Ainda que seja possível encontrar diversas noções de marca mais ou menos uniformes, não podemos ignorar que, por força das flutuações do mercado e do aparecimento de novos produtos, a noção de marca é variável.

Para uma abordagem mais compreensiva da questão de que agora nos ocupamos, interessa dividir a aludida definição em duas partes.

Começando pelo fim, cabe-nos elencar, ainda que de forma lacónica, quais as funções específicas da marca enquanto sinal distintivo do comércio. Para o efeito, seguindo o douto entendimento de Couto Gonçalves³³, podemos apontar três funções essenciais à marca: 1) a função distintiva enquanto função essencial, pela qual a “marca distingue e

²⁹ A jurisprudência considera que o conceito de “sinal” tem de ser entendido em sentido amplo, considerando-se que um sinal é registável quando se traduza numa mensagem que possa ser apreendida por um dos cinco sentidos – Veja-se o Ac. TJ(CE), de 25/01/07, proc. n.º C-321/03, entre *Dyson Ltd e Registrar of trade marks (Ac. Dyson)*.

³⁰ Dizemos “em princípio” porque também é necessário que não se verifique qualquer outro impedimento de registo (relativo ou absoluto).

³¹ Tendo em conta o disposto no art. 223.º/1, al. e) do CPI de 2003, a cor *per se* estava impossibilitada de ser registada como marca. Todavia, atendendo à já anterior e vinculativa jurisprudência do TJ(CE), a inclusão deste sinal no art. 208.º não opera uma verdadeira novidade. Sobre esta questão, *vd.* Ribeiro de Almeida, et al, 2017. Como exemplo jurisprudencial, entre outros, atente-se no Ac. TJ(CE), de 06/05/03, proc. n.º C-104/01, entre *Libertel Groep BV e Benelux – Merkenbureau (Ac. Libertel)*, onde se discutiu pela primeira vez a possibilidade de uma cor única ser registada como marca.

³² Coutinho de Abreu, 2018, p. 372.

³³ Couto Gonçalves, 2019, p. 186.

garante que os produtos ou serviços se reportam a uma pessoa que assume em relação aos mesmos o ónus pelo seu uso não enganoso”; tal finalidade consta da letra da lei, veja-se o art. 208.º *in fine*; 2) a função derivada de garantia de qualidade dos produtos e serviços, na medida em que a marca “não garante, directamente, a qualidade dos produtos ou serviços marcados, mas garante indirectamente essa qualidade por referência dos produtos ou serviços a uma origem não enganosa”; 3) a função complementar, que consiste na função publicitária que a marca pode desempenhar nalguns casos para promoção dos produtos ou serviços que assinala.

No tocante à necessidade de representação objetiva e autónoma, cumpre-nos relembrar que se trata de um requisito de grande importância para efeitos de exame, publicação e consulta pública da marca. Como em momento oportuno se detalhará, muitas são as exigências a que a representação tem de obedecer e, conseqüentemente, escassas serão as possibilidades de registo de sinais não tradicionais.

O nascimento dos direitos de propriedade industrial não é automático³⁴, carecendo de um prévio procedimento administrativo através do qual a autoridade pública e os interessados, desempenhando papéis diferentes, exercem uma fiscalização prévia à conformidade legal do pedido e averigüam se estão ou não reunidos os elementos de que a lei faz depender a protecção conferida pelo Direito de Marcas. Ainda que a nossa abordagem seja predominantemente direccionada para o plano nacional, importa referir que o registo pode ser feito em quatro níveis: 1) a nível nacional o registo é feito no INPI e concede protecção dentro do país de registo; 2) a nível regional, e no caso da Europa, podemos indicar o registo feito no BOIP, que confere protecção na Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo; 3) a nível da UE o registo é feito junto do IPIUE e confere protecção em todos os EM; 4) a nível internacional o registo é feito através da OMPI e concede uma protecção de âmbito alargado, nomeadamente ao nível de qualquer país signatário do PAM que seja designado no respetivo pedido³⁵.

Entre nós, o registo é a fonte tradicional do direito de exclusivo da marca³⁶. No entanto, a letra da lei, nos arts. 17.º/1, 40.º, 213.º e 226.º/1, também protege aquele que usa uma marca livre não registada, pelo período de 6 meses contados desde o seu uso inicial (sendo certo que, após este período, a protecção conferida passa a ser apenas no âmbito da concorrência desleal). Também a DM, ainda que esteja pensada para um sistema de registo constitutivo, prevê a possibilidade de protecção das marcas através do uso (art. 5.º/4, al. a) DM).

Na sua obra, Couto Gonçalves³⁷ alude ao facto de, em regra, não existirem sistemas puros de aquisição do direito de marca, em razão de a prioridade de uso e a inscrição no registo andarem quase sempre de mãos dadas. Embora haja uma tendência para que

³⁴ Diferentemente do que acontece no âmbito dos direitos de autor, em que “o direito de exclusivo é reconhecido independentemente de registo, depósito, ou qualquer outra formalidade”, tal como previsto no art. 12.º do CDADC.

³⁵ Estas e outras informações estão disponíveis no sítio da internet do INPI que, desde 2001, colocou também *online* o portal da rede de gabinetes de apoio à promoção da propriedade industrial que ajudam a esclarecer e promover os pedidos de registo.

³⁶ *Vd.* os arts. 74.º e 85.º do CPI de 1940, os arts. 6.º, 165.º e 171.º do CPI de 1995, os arts. 7.º, 224.º e 227.º do CPI de 2003 e os arts. 7.º, 210.º e 213.º.

³⁷ Couto Gonçalves, 2019, pp. 187 e ss.

o registo seja a forma predominante de aquisição no Direito de Marcas, temos de ter sempre presente que os ordenamentos jurídicos não estão pensados de forma absoluta e exclusiva para o uso ou para o registo. Para este Autor, o reforço do registo deve-se à sofisticação e desenvolvimento da vida económica e às, cada vez mais reforçadas, exigências de segurança jurídica que não se compadecem com a dificuldade de prova associada ao uso.

No nosso país, o registo³⁸ é o modo mais importante de constituição neste ramo de Direito e é ele quem confere ao requerente um direito de exclusivo à exploração económica e, correspondentemente, confere um direito de obstar a que terceiros tirem partido da marca registada sem a devida autorização³⁹. O registo público permite a objetivação e delimitação do bem imaterial tutelado, assegura de forma eficiente a salvaguarda dos interesses em jogo (o interesse público, dos consumidores e dos concorrentes) e, também, contribui para a uniformização do Direito de Marcas. Além do mais, o registo permite catalogar as marcas existentes e conhecer as suas vicissitudes (de nulidade, caducidade, licenciamento, etc.), funcionando como uma espécie de filtro que, *a priori* e *a posteriori*, assegura a satisfação das necessidades de transparência e de segurança jurídica.

O registo institui um direito válido pelo período de 10 anos⁴⁰, que, posteriormente, pode ser indefinidamente renovado, total ou parcialmente, por iguais períodos (art. 247.º). Enquanto vigora o registo, o legislador confere ao titular da marca um “quase-monopólio” sobre ela, permitindo que este usufrua da estabilidade e dos meios de defesa de que dispõe para garantia da inviolabilidade do seu direito. O titular da marca registada disfruta de uma posição jurídica estável que se pode prolongar *ad aeternum* e, na nossa perspectiva, esse é o fator que desencadeia as exigências da jurisprudência do TJ(UE) e as cautelas do legislador nacional e da UE quanto à admissibilidade de registo de alguns sinais ou conjunto de sinais.

No Direito de Marcas vigora o princípio da liberdade na composição, pese embora a existência de limites intrínsecos (respeitantes ao sinal em si mesmo) e extrínsecos (relacionados com a existência de direitos anteriores)⁴¹.

³⁸ Note-se que, tal como consta do art. 222.º/1, al. b), no requerimento de pedido de registo, deve constar a indicação dos “produtos ou serviços a que a marca se destina, agrupados pela ordem das classes da classificação internacional dos produtos e serviços, sendo cada grupo precedido do número da classe a quem pertence, e designados com clareza e precisão suficientes, de preferência pelos termos da lista alfabética da referida classificação, que permitam determinar o âmbito de proteção requerido”. A classificação a que aqui se faz menção serve para efeitos organizativos/arquivo e é a prevista pelo Acordo de Nice, de 15 de junho de 1957, relativo à classificação internacional dos produtos e serviços, onde são previstas 45 classes.

³⁹ Sem prejuízo da proteção que é conferida à marca não registada. Contudo, Couto Gonçalves, 2019, pp. 189-191, assinala que em todos os países se denota uma tendencial acentuação do registo como modo de aquisição predominante do direito de marca (enquanto direito subjetivo e absoluto), apagando-se gradualmente o uso como fonte de direito.

⁴⁰ Advertimos que, por imposição do art. 48.º/1 da DM, este período de 10 anos passa a ser contado da data de apresentação do respetivo pedido e não da data da concessão, como acontecia na vigência dos códigos anteriores.

⁴¹ Olavo, 2005b, pp. 91 e ss.

Atendendo ao objeto do nosso estudo, vamos cingir-nos à análise dos limites intrínsecos que se impõem, designadamente a necessidade de representação e a capacidade distintiva⁴².

2. Limites intrínsecos à composição da marca

2.1. Necessidade de representação (gráfica ou não)

O requisito da representação tem finalidades muito marcantes ao longo da vida da marca⁴³. Daí que o legislador, os tribunais e os institutos que concedem o registo lhe tenham dado tanta importância ao longo dos tempos.

Como já referimos, esta exigência foi introduzida pela DM de 1988, estando prevista no art. 2.º com a epígrafe “sinais susceptíveis de constituir marca”. No plano nacional, surgiu, pela primeira vez, no art. 165.º/1 do CPI de 1995 e foi reafirmado no CPI de 2003, onde está postulado no art. 222.º⁴⁴.

Dámaso Colomer esclareceu que representar graficamente é descrever algo utilizando símbolos suscetíveis de serem desenhados/inscritos em papel de forma compreensível e visivelmente perceptível⁴⁵.

O requisito de representação gráfica justifica-se por duas⁴⁶ ordens de razão: uma de ordem técnica, na medida em que ajuda à apreciação do pedido de registo pela entidade competente e a sua publicação; e outra de ordem jurídica, uma vez que é necessária para delimitar o objeto de proteção conferido à marca⁴⁷.

Quanto a esta matéria, muitas eram as dúvidas e as críticas por parte da doutrina por se entender que, por obstar ou dificultar o registo de alguns sinais, a exigência de representação gráfica não devia integrar o conceito de marca. Neste sentido Blanca Chamble⁴⁸ sublinha que este é um requisito de carácter burocrático que não se adapta aos sinais não visíveis e que implica um desfasamento, não desejável, entre o registo e a realidade além do registo, prejudicando conseqüentemente os interesses dos operadores económicos e o fomento da inovação. Tal desfasamento consiste no facto de o consumidor percecionar e

⁴² *Ibid.*, pp. 90-91. Este Autor menciona que existem outros limites intrínsecos que não podem ser esquecidos e que decorrem de outros interesses acautelados pela lei. São eles o disposto nas als. do art. 231.º, n.º 3 e o princípio da verdade vertido no art. 232.º, n.º 1, al. b).

⁴³ Sobre esta matéria, Fernández-Nóvoa, 2017, p. 489, refere, a título de exemplo, que a representação é importante para que possa haver publicação e para que possam ser aplicadas as proibições de registo previstas na lei no caso de a marca não ser devidamente representada. No tocante aos momentos posteriores ao registo, menciona, exemplificativamente, que no caso de colisão de marcas o tribunal vai precisar de informação clara e suficiente acerca das marcas em causa, informação essa que deve constar das publicações oficiais onde as marcas estão representadas.

⁴⁴ Note-se que o requisito de representação gráfica surgiu de “para-quebras”. Isto porque o legislador não lhe fez qualquer menção introdutória no preâmbulo do CPI de 1995, nem tampouco o legislador comunitário o fez nos considerandos da DM de 1988.

⁴⁵ *Cfr.* ponto 37 das suas conclusões enquanto AG, apresentadas em 06/11/01 e que precederam o Ac. Sieckmann (disp. <http://curia.europa.eu/juris>).

⁴⁶ Bently, et al., 2018, p. 934, enunciam uma terceira razão de carácter administrativo que consiste no facto de a representação gráfica permitir que o sinal seja mais facilmente classificado e comparado com outros.

⁴⁷ Carvalho, 2018, pp. 221-222.

⁴⁸ Chamble, 2011-2012, pp. 291-292.

identificar como marcas sinais para além daqueles que são representáveis graficamente, ou seja, para além daqueles que são visíveis⁴⁹.

Na mesma linha, Marco Arcalá⁵⁰ e Sergio Balaña⁵¹ referem que, ao contrário do requisito da capacidade distintiva que é de primeira ordem, de tipo material e se baseia na função da marca, a representação gráfica é um requisito formal, objetivo e funcional, que apenas atende à dinâmica do registo. Para estes Autores, só o requisito da capacidade distintiva é que opera na comunicação entre os agentes económicos e os consumidores e, assim sendo, só este é que deveria ter o poder de limitar ou obstar o registo. Otero Lastres⁵² refere que a necessidade de representação⁵³ gráfica é uma limitação estrutural introduzida no conceito de marca que, por sua vez, limita os sentidos através dos quais se pode aperceber a marca e os sinais que podem constituí-la. Compreendemos que a introdução deste requisito no conceito de marca é fruto da harmonização de acordo com os textos comunitários que, em primeiro lugar, o fizeram. Porém, este Autor destaca, a nosso ver bem, que esta inclusão é uma forte limitação em face dos avanços tecnológicos cada vez mais marcados – isto porque o que hoje não pode ser representado e registado como marca pode sê-lo amanhã e, portanto, é inegável que fechar o conceito de marca é pará-lo no tempo. Ora, partindo do princípio de que o objetivo do legislador é impedir o registo dos sinais que não possam ser representados graficamente, bastava que a exigência da representação gráfica constasse do procedimento que antecede o registo. Não obstante, importa enfatizar que o verdadeiro requisito da marca é a sua capacidade distintiva e, nessa medida, ainda que o sinal (ou conjunto de sinais) não seja registável, se estiver cumprida a sua função essencial, nunca deixará de ser marca na sua essência (ainda que, obviamente, não lhe possa ser conferida proteção jurídica).

A nossa abordagem atende aos dois lados da medalha e, por conseguinte, cumpre-nos realçar que a exigência que aqui se discute não pode ser vista como uma arbitrariedade do legislador nacional ou da UE, na medida em que dá cumprimento à necessidade de segurança jurídica que um sistema de registo constitutivo impõe (de forma a que a autoridade de registo consiga identificar e delimitar o objeto do registo e que o titular saiba qual o âmbito de proteção do seu direito)⁵⁴.

Aqui chegados, é imperativo apurar como é que deve ser interpretado este requisito – a suscetibilidade de representação gráfica tem de espelhar, por si só, os elementos que

⁴⁹ Arcalá, 2001b, 122, critica a equiparação da representação gráfica à perceção visual, defendendo que é possível representar graficamente qualquer perceção, uma vez que pode ser utilizado um código de sinais pré-estabelecido para operar a representação (*e.g.*, o pentagrama).

⁵⁰ Alcalá, 2001a, p. 115.

⁵¹ Balaña, 2005-2006, p. 26.

⁵² Lastres, 2001, pp. 200-215.

⁵³ *Ibid.*, pp. 203-204. Este Autor faz um apontamento sobre a escolha, por parte do legislador, do termo “representação gráfica”, a qual considera ser infeliz. Para este Autor, é mais rigoroso falar em “reprodução gráfica”, uma vez que a palavra “reprodução” tem um significado mais restrito (“*cosa que reproduce o copia un original*”), diferentemente da palavra “representação”, que é mais ampla e imprecisa (“*acción y efecto de representar [...] hacer presente algo con palabras y figuras que la imaginación retiene*”). Este reparo surge porque o problema da interpretação ampla do registo deriva da escolha terminológica e justifica-se pelo facto de a *ratio* desta exigência se materializar na necessidade de salvaguarda da segurança jurídica. Pese embora esta leitura impeça que os sinais não tradicionais cumpram este requisito, o Autor vislumbra a possibilidade de, nestes casos, se falar em “representação gráfica” do sinal através da sua descrição.

⁵⁴ Gonçalves Couto, 2009, p. 276.

compõem o sinal que se pretende registrar, adotando-se uma interpretação restrita? Ou, em sentido amplo, basta que a representação gráfica seja indireta e complementada com outras formas de identificação e fixação?

Podemos ainda perspetivar uma terceira via de interpretação, atendendo ao facto de, em 11/02/1999⁵⁵, o IHMI, ter concedido⁵⁶ o pedido referente a uma marca olfativa para bolas de ténis com “the smell of fresh grass”, graficamente representada por esta descrição verbal e com a menção de que se tratava de uma marca olfativa⁵⁷. Entendemos que esta decisão do IHMI se mostra pouco convincente e demasiado generosa no que toca à sua fundamentação⁵⁸. Prova disso é que, três anos mais tarde, com um entendimento muito mais exigente passamos de 8 para 80 e a jurisprudência construiu um “muro” que só pode ser ultrapassado com grande proeza e imaginação – referimo-nos ao caso *Sieckmann*⁵⁹, onde o TJ(CE) se pronunciou a propósito da interpretação do 2.º art. da DM de 1988.

Neste caso foi discutida a questão da representação gráfica e foi apreciada a possibilidade de registo de uma marca olfativa. Esta decisão é um marco jurisprudencial por ter fixado jurisprudência que tem sido reafirmada⁶⁰ em Acs. posteriores e por esclarecer como é que deve ser interpretado o requisito da representação gráfica. Para balizar a interpretação daquela norma, o TJ(CE) enunciou os chamados “critérios Sieckmann”, estabelecendo que, para que o requisito em apreço se considere preenchido, têm de estar verificadas sete características – clareza, precisão, completude, fácil acessibilidade, intangibilidade, durabilidade e objetividade⁶¹. Da convergência destas condições, resulta claro que a interpretação adotada pelo TJ(CE) é restritiva e criadora de dificuldades para aqueles que pretendem registrar as ditas marcas não convencionais, podendo, no limite,

⁵⁵ Processo n.º R-156/1998-2 (marca comunitária n.º 428870).

⁵⁶ Surpreendentemente este único registo caducou a 11/12/2006, sem ter sido renovado.

⁵⁷ O Instituto sediado em Alicante considerou que o registo devia ser recusado porque a descrição do sinal não preenche o requisito da representação gráfica e porque não possibilita determinar e delimitar o alcance da proteção; igualmente, destacou que o facto de a marca estar registada no Benelux e no Reino Unido não é determinante para evitar a recusa. Em face da recusa, o requerente interpôs recurso que foi atribuído à 2.ª Câmara, a qual se debruçou sobre a matéria da representação gráfica e concluiu que manter a recusa seria o mesmo que excluir, de um modo geral, todas as marcas olfativas por inobservância do requisito da representação gráfica. Por esse motivo, ficou decidido que a descrição e a menção como “marca olfativa” eram suficientes para que a marca pudesse ser registada. *Cfr.* Couto Gonçalves, 2009, pp. 291-292.

⁵⁸ Isto porque, tal como destaca Fernández-Nóvoa, 2004, p. 44, bem vistas as coisas, esta decisão vem substituir o requisito da representação gráfica pela descrição da marca.

⁵⁹ Ac. do TJ(CE), de 12/12/02, proc. n.º C-273/00, entre *Ralph Sieckmann e Deutsches Patent- und Markenamt* (Ac. Sieckmann). Ralf Sieckmann apresentou no Instituto Alemão de Patentes e Marcas um pedido de registo de uma marca olfativa de cianato de metilo (éster metílico de ácido de canela), descrita através da sua fórmula química estrutural (C6H5-CH=CHCOOCH3), de uma amostra e da descrição de que o aroma é habitualmente reconhecido como “balsâmico-frutado com ligeiras notas de canela”. O instituto indeferiu o pedido com o argumento de que existiam dúvidas relativamente à capacidade distintiva da marca e quanto à sua possibilidade de representação gráfica. Do indeferimento, Sieckmann recorreu para o Tribunal Federal de Patentes que, perante a dúvida, levou a questão ao TJ(CE) para que este esclarecesse qual a interpretação a dar ao art. 2.º da DM de 1988.

⁶⁰ *Vd., e.g.*, o Ac. do TPI, de 27/10/05, proc. n.º T-305/04, entre *Eden SARL e IHMI* (Ac. *Eden*). Neste caso, o TPI recusou o registo de uma marca de odor descrita como “odor de morango maduro”, acompanhada da imagem a cores de um morango. Nesta decisão, o Tribunal destacou que não existe uma classificação internacional de odores geralmente aceite que permita a identificação clara e precisa do sinal olfativo e acrescentou que a imagem do morango não constitui uma representação gráfica. Outro exemplo, relativamente às marcas sonoras, é o Ac. do TJ(CE), de 27/11/03, proc. n.º C-283/01, entre *Shield Mark e Kist* (Ac. *Shield*).

⁶¹ *Cfr.* os pontos 45 a 55 do Ac. Sieckmann.

inviabilizar as possibilidades de registo. Desta forma, parece-nos que o TJ(CE) considerou como elemento essencial que seja sempre possível, para a entidade que assegura o registo, para o titular da marca e para terceiros, determinar e delimitar o objeto de proteção legal como marca. Compreendemos que assim seja, desde logo porque, durante o longo período em que está vigente o registo, deve ser sempre salvaguardada a integridade física da marca e assegurada a sua durabilidade e estabilidade⁶², por forma a garantir que a marca seja sempre passível de reconhecimento e de comparação com os novos pedidos de registo que possam surgir.

A interpretação restritiva e exigente do TJ(CE) coloca grandes entraves à admissibilidade das marcas que não sejam apreensíveis pela visão e justifica-se pela inquietação de o direito das marcas “não resvalar para um terreno pantanoso de atribuição de direitos com menos estabilidade, objectividade e sem observação do necessário equilíbrio entre o direito privativo, liberdade de concorrência, interesse dos consumidores e funcionamento do mercado”⁶³.

Couto Gonçalves⁶⁴ faz uma análise crítica desta decisão do TJ(CE), onde descortina alguns aspetos que consideramos fulcrais. Este Autor considera que o facto de os requisitos da representação gráfica não se encontrarem cumpridos através de uma fórmula química, de uma descrição verbal, de uma amostra ou da conjugação destes elementos é, vincadamente, contraditório com a resposta positiva dada pelo TJ(CE) à questão de saber se os sinais não visuais podem constituir marca quando cumpram o requisito material e formal a que estão sujeitos. Aparentemente, o TJ(CE) admite o registo destes sinais no plano teórico e não permite que tal possibilidade se reproduza no plano prático, apesar de todos os esforços por parte do requerente. Acrescenta o Autor que, não se preenchendo o referido requisito através da fórmula química (que é um meio gráfico, ainda que indireto), “o problema deixa de ser de insusceptibilidade de representação gráfica para passar a ser, eventualmente, um problema de falta de capacidade distintiva”⁶⁵ – nesta linha de raciocínio, o Autor entende ainda que o TJ(CE) devia considerar o requisito formal preenchido por via indireta e remeter ao Tribunal de reenvio a apreciação dos demais.

Reconhecemos que a combinação das várias formas de representação utilizadas pode gerar alguma confusão e subjetividade de interpretações⁶⁶, mas, ainda assim, consideramos que o TJ(CE), na análise individual de cada uma, foi demasiado drástico na forma como fechou as portas ao registo do sinal.

⁶² A durabilidade e a estabilidade são mais facilmente asseguradas através da representação gráfica, o que não significa que não existam meios tecnológicos que permitam a representação nestes termos. Como sublinha Durães Rocha, 2017, p. 115, estas características poderão ser observadas nas marcas sonoras e olfativas, mas dificilmente se verificaram no que se reporta às marcas gustativas.

⁶³ Couto Gonçalves, 2009, p. 277.

⁶⁴ Couto Gonçalves, 2003, pp. 23-25.

⁶⁵ Na medida em que só em casos excepcionais é que um odor tem capacidade de distinguir produtos ou serviços. É difícil descrever um aroma porque há muita subjetividade envolvida na “leitura” dos cheiros; para além disso, para que tenha capacidade distintiva, o odor tem de ser arbitrário e não necessário ou descritivo do produto.

⁶⁶ Neste sentido, Ahuja, 2010, p. 576. *Vd.* as conclusões do AG Dámaso Colomer, ponto 43.

Considerando a exponencial evolução tecnológica, parece-nos razoável que o registo seja pensado, modernizado e preparado para a catalogação e proteção de todos os sinais que possam ser apercebidos pelos nossos sentidos e memorizados pela nossa consciência como distintivos de um produto ou serviço. Por conseguinte, o legislador da UE previu na DM a eliminação do requisito da representação gráfica e, posteriormente, tal comportamento foi adotado pelo legislador nacional no Novo CPI.

A redação constante do Novo CPI é a forma de a propriedade intelectual acompanhar o avanço dos tempos e surge para agilizar o sistema de marcas, dando resposta à urgência de registo dos sinais não tradicionais. Deste modo, passa a ser possível a representação gráfica e qualquer representação que de forma clara e precisa permita determinar o objeto da proteção conferida ao seu titular⁶⁷.

Numa perspetiva otimista, Ana Maria Pereira da Silva⁶⁸ destaca que a eliminação do requisito da representação gráfica constitui uma “liberalização do sinal que pode construir uma marca registada”, desencadeada pela evolução, pelos novos modos de representação e de fixação no registo, não podendo deixar de ser vista como “um marco do nascimento de uma nova era no Direito de Marcas na Europa, seja porque libertou a marca do espalho de um requisito em que a mesma já não se continha de facto, como a recoloca afinal juridicamente à vista dos fins para que lhe é atribuído o registo e o direito de exclusivo que a protege – a função distintiva eficiente que é condição da leal concorrência”.

Maria Miguel Carvalho⁶⁹ concorda com esta mudança legislativa, mas faz um reparo por considerar que teria sido melhor se o legislador aproveitasse o ensejo de mudança legislativa e retirasse, de uma vez por todas, o requisito da representação do conceito de marca. A Autora critica ainda o facto de a letra da lei se apresentar de forma disjuntiva, o que pode dar azo a confusão no intérprete⁷⁰. Em boa verdade, concordamos que a conjunção “ou” que consta do art. 208.º pode, atendendo à sua organização, induzir em erro – pois, aparentemente, a representação gráfica é exigida para os sinais que sejam palavras, nomes de pessoas, desenhos, letras, números, sons, cor, forma do produto ou da embalagem, e, diferentemente, a representação de modo claro e preciso é exigida para os demais sinais ou conjuntos de sinais. A nosso ver, ao adotar esta técnica legislativa, o legislador não está a conferir a importância merecida à expressão “possibilidade de representação de forma clara e precisa”, mantendo o destaque e a primazia para a menção à representação gráfica (que de agora em diante deve ser vista apenas como uma das muitas formas possíveis de representação). Atendendo a esta realidade, afigura-se-nos, salvo melhor opinião, que seria preferível que constasse da letra da lei, mais precisamente do art. 208.º, uma só referência à “representação”, erradicando-se a palavra

⁶⁷ Referindo-se ao art. 4.º do RMUE e 2.º da DM, que têm correspondência no art. 208.º, Alcalá, 2015-2016, p. 395, alerta que, com esta nova redação, se abriu um novo debate sobre o que é que se deve entender por representação suficiente do sinal a proteger.

⁶⁸ Silva, A.M.P., 2018, p. 82.

⁶⁹ Carvalho, M.M., 2018, p. 5.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 9.

“gráfica”⁷¹. Relativamente à especificação dos modos de representação, entendemos que a execução de tal tarefa deve ser feita através de linhas de orientação por parte do INPI ou através de um eventual Regulamento de execução⁷².

De modo a facilitar o processo de transposição da DM e a sustentar o seu impacto harmonizador, os institutos da propriedade industrial e o IPIUE desenvolveram a “Comunicação comum sobre a representação de novos tipos de marcas”⁷³ que, ainda que sem carácter vinculativo, estabelece de modo atualizado as diretrizes estabelecidas pelos EM. Este documento tem como objetivo uniformizar os meios de representação dos diferentes tipos de marcas e contém uma abordagem quanto aos formatos de representação aceitáveis para representação de algumas das marcas não tradicionais (*e.g.*, JPEG e MP4).

Volvidos mais de 15 anos, a doutrina do Ac. Sieckmann tem total amparo no considerando n.º 13 da DM e no considerando n.º 10 do RMUE, onde são elencados os sete critérios cumulativos de que o TJ(CE) fez depender a verificação da exigência da representação gráfica. Refira-se, a este propósito, que não será de estranhar que o intérprete pense que o novo paradigma legislativo é utópico, visto que a mudança da letra da lei aparentemente não se fez acompanhar pela transformação do seu *ratio*, permanecendo a rigidez que outrora se verificava. No atual quadro legal, o legislador optou por fazer menção apenas aos critérios da clareza e precisão (art. 3.º, al. b) DM, 4.º, al. b) RMUE e 208.º). No entanto, a ocorrência e verificação dos critérios Sieckmann tem de ser simultânea, o que faz com que aquilo que devia ser uma verdadeira alteração legislativa possa ser visto por alguns como uma mera substituição *terminológica*⁷⁴. Sem embargo do facto de o legislador ter optado por não colocar na letra da lei os demais critérios Sieckmann, não devemos esquecer que a verificação da clareza implica que a representação seja completa, de fácil acessibilidade e objetiva e, por outro lado, que a verificação da precisão pressupõe que a representação seja intangível e duradoura. Assim, numa primeira análise, o nosso entendimento é de que o legislador tem pouca propensão para a mudança.

Na doutrina, a desmistificação do significado desta escolha legislativa já fez correr alguma tinta. Onus Sahin⁷⁵ faz uma leitura radical da questão, referindo que a eliminação do requisito da representação gráfica deve, por consequência, implicar a eliminação dos critérios Sieckmann. Para outros Autores⁷⁶, a abolição desta exigência não permitirá o registo dos sinais não convencionais, uma vez que a sua representação terá de continuar a obedecer a critérios muito restritos. Diferentemente, Noto La Diega⁷⁷ defende que o atual estado de coisas implica que seja feita uma nova interpretação dos critérios Sie-

⁷¹ Tal como foi feito no ordenamento jurídico espanhol, que adotou a organização que consta do art. 3.º da DM. *Cfr.* art. 4.º da Ley de Marcas, n.º 17/2001, de 07/12 (com última modificação a 27/12/18), disp. <https://boe.es>.

⁷² À semelhança do Regulamento de Execução (UE) 2018/626, da Comissão de 5 de março de 2018, mas idealmente mais completo no respeitante às marcas sensoriais. Em especial *vd.* o art. 3.º.

⁷³ Disp. <https://inpi.justica.gov.pt>, versão de 01/06/2018.

⁷⁴ *Ibid.*, Gomes, 2015, p. 169.

⁷⁵ Sahin, 2016, p. 513.

⁷⁶ Este parece ser o entendimento de Cornish, Llewelyn & Aplin, 2019, p. 722.

⁷⁷ La Diega, 2018, p. 6.

ckmann. Complementarmente, Maria Miguel Carvalho⁷⁸ destaca que, ainda que a nova interpretação dos critérios se mostre necessária para atender às atuais especificidades, o importante é não negligenciar a segurança jurídica e o sistema de registo. Concordamos com este entendimento porque contempla em simultâneo a mudança e a cautela exigida pelo sistema.

2.1.1. Breve nota acerca da UE e do plano internacional

A propósito da marca da UE, o IPIUE acolhe a mesma solução da DM de 2015 e mostra-se pouco favorável ao registo de algumas marcas não tradicionais. Comprovativo desta afirmação é o conteúdo das *Guidelines* do IPIUE⁷⁹ que, *e.g.*, quanto às marcas olfativas prevê que o estado atual da técnica não permite que este tipo de marcas se represente de forma clara e precisa. Nesta medida, as nossas expectativas relativamente a esta matéria manter-se-ão baixas.

Na perspetiva internacional, pese embora o art. 15.º /1 *in fine* do ADPIC permita que os EM da OMC exijam que os sinais sejam visualmente perceptíveis⁸⁰ para que possam ser registados como marcas, não podemos perder de vista a evolução que se fez sentir e que se materializa no facto de os Tratados mais recentes terem eliminado as limitações desta índole. Referimo-nos ao Tratado de Singapura sobre o Direito de Marcas⁸¹, que visa uniformizar e simplificar os procedimentos administrativos utilizados para o registo das marcas. Por este Tratado foi definida uma série de âmbitos de convergência em relação à representação e à descrição de determinadas marcas não tradicionais, de modo a permitir que os interessados estejam mais preparados para enfrentar os problemas jurídicos associados à proteção deste tipo de sinais⁸².

Muitos serão os problemas que podem surgir aos requerentes que querem ter uma proteção alargada das marcas que assinalam os seus bens/serviços. Por exemplo, uma empresa que pretenda utilizar uma marca olfativa em toda a Europa pode até conseguir conferir-lhe proteção nos EM da UE e não conseguir fazer o registo a nível internacional no sentido de garantir a proteção nos demais países do continente. Esta dificuldade só a custo será superada porque o registo internacional segue o processo que cada um dos países escolhidos pelo requerente estabelece para o registo nacional de marcas e, nesse sentido, muitas serão as interpretações e as respostas dadas.

⁷⁸ Carvalho, M.M., 2018, p. 17.

⁷⁹ *Guidelines for examination in the office, Part B, Examination, Section 2*, aprovadas por decisão do Diretor Executivo n.º EX 17-1, de 22/09/2017 (disp. <https://euipo.europa.eu>).

⁸⁰ A este propósito, Couto Gonçalves, 2015-16, p. 131, salienta que, em face do art. 2.º da DM de 1988, a limitação que existia para os EM da UE era a de suscetibilidade de representação gráfica que, por sua vez, foi eliminada pela DM.

⁸¹ Foi celebrado em março de 2006, numa conferência diplomática que reuniu 147 EM da OMPI, e teve início de vigência em 16/03/09. Portugal assinou-o em 28/03/06, mas ainda não o ratificou. Este diploma corrige o regime do Tratado sobre Direito de Marcas que foi aprovado em 1994 e que censurava os sinais não visíveis.

⁸² Hopperger, 2009, p. 4.

2.2. Capacidade distintiva

Para que uma marca dê cumprimento à sua função e ultrapasse o exame da distintividade, terá de ser apta a distinguir produtos e/ou serviços de diferente proveniência empresarial. A marca deve mostrar-se minimamente imaginativa e arbitrária em face do produto ou serviço que assinala, pois, tal como destaca Pedro Sousa e Silva⁸³, “quanto mais surpreendente for o sinal, face ao produto a assinalar, mais intenso será o seu poder distintivo”. Porém, cumpre esclarecer, como explica e ilustra Nogueira Serens⁸⁴, que, para que as marcas sejam válidas, não se pressupõe que “tenham de ser constituídas por denominações de fantasia – palavras engendradas com o expresse propósito de serem usadas para contradistinguir produtos ou serviços (como exemplos conhecidos de todos podem referir-se KODAK para artigos fotográficos, POLAROID para máquinas fotográficas e XEROX para fotocopiadores) – ou por denominações arbitrárias, ou seja, por palavras de uso comum, mas que não têm qualquer relação, necessária ou normal, com os produtos que contradistinguem (referindo de novo apenas exemplos de marcas conhecidas: CAMEL/camelo para cigarros, SHELL/concha para combustíveis, APPLE/maçã para computadores pessoais)”.

O legislador, nas als. a), c) e d), do art. 209.º/1, dispõe que carecem de capacidade distintiva os sinais genéricos, usuais, descritivos e fracos⁸⁵. Todavia, importa ter presente o facto de o preenchimento deste requisito não se esgotar nas proibições consagradas na lei. Como sublinha Carlos Olavo⁸⁶, a determinação, ou não, do carácter distintivo tem de ser feita em termos concretos no que se refere aos produtos/serviços a que a marca se destina e, concomitantemente, deve atender à percepção que dela tem o consumidor médio dos produtos/serviços em causa, normalmente informado e razoavelmente atento. Para além disto, importa destacar que aquilo que não tem capacidade distintiva num determinado setor pode tê-la noutro⁸⁷.

Maria Miguel Carvalho⁸⁸ assinala que este requisito tem sido controverso na doutrina atendendo, fundamentalmente, à duvidosa redação das als. a) e b) do art. 4.º/1 da DM⁸⁹, que prevê os motivos absolutos de recusa ou de nulidade de registo. A al. a)

⁸³ Sousa e Silva, 2011, p. 153.

⁸⁴ Serens, 1995, n. 24.

⁸⁵ Porém, pode acontecer que um sinal que originariamente não possui capacidade distintiva venha, em consequência de um uso prolongado e de transformações simbólicas ou semânticas, a converter-se num sinal conhecido e reconhecido pelo público e cujo registo passa a ser viável devido à aquisição de um *secondary meaning*. No nosso ordenamento jurídico é possível, desde o CPI de 1995, aquando do registo, aferir se o uso da marca pode desencadear a aquisição de capacidade distintiva. O Novo CPI, tal como o CPI de 2003, permite que a figura do *secondary meaning* seja aplicada a duas situações distintas – situações anteriores ao registo (art. 231.º/2) e convalidação de uma marca registada (art. 259.º/2). Esta solução está consagrada no art. 4.º/4 da DM, que vai mais longe no n.º 5 e admite a possibilidade de aplicação do *secondary meaning* aos casos em que o carácter distintivo tenha sido adquirido após a data do pedido de registo, mas antes da data do registo.

⁸⁶ Olavo, 2005b, p. 82.

⁸⁷ Utilizando o exemplo dado por Olavo, 2005b, p. 83, o desenho de uma vaca para produtos lacticínios configurará uma referência genérica, mas já não o será para outro tipo de produtos, podendo ter aptidão distintiva em relação a eles.

⁸⁸ Carvalho, M.M., 2009, pp. 224-225. Note-se que, ainda que a Autora faça menção às normas da Diretiva 2008/95/CE, vamos adaptar o texto temporalmente, fazendo, em substituição, menção às normas da nova DM.

⁸⁹ Correspetivamente, a nível nacional, *vd.* as als. a), b) e d) do art. 231.º.

da aludida norma refere-se à recusa de registo dos “sinais que não possam constituir marca”, ou seja, os sinais que não possam ser representados e que não sejam adequados para distinguir produtos/serviços de uma empresa dos de outras empresas (art. 3.º al. a) da DM); e a al. b) refere-se às “marcas desprovidas de caráter distintivo”. Atendendo ao teor do art. 4.º/4 da DM, concluímos que o motivo de recusa da al. a) é inultrapassável, enquanto o da al. b) é ultrapassável quando o sinal adquira distintividade superveniente. Sobre esta questão há Autores⁹⁰ que defendem uma interpretação fechada da al. a), cingindo-a à insuscetibilidade de representação e, por outro lado, fazem corresponder a al. b) à falta de capacidade distintiva. Em sentido diverso⁹¹, o entendimento com o qual mais nos identificamos sustenta que é possível a coexistência das duas als. e, por conseguinte, a capacidade distintiva deve ser avaliada em duas fases, sendo elas a capacidade distintiva abstrata (verificação da aptidão distintiva do sinal independentemente dos produtos/serviços assinalados) e a capacidade distintiva concreta (aptidão distintiva aplicada relativamente aos produtos/serviços assinalados).

No respeitante às marcas não tradicionais, o problema da (in)aptidão distintiva é muito presente, existindo entre estes sinais e a função principal da marca uma tensão perceptível porque, como destacam LaLonde e Gilson, se, *e.g.*, um aroma apenas contribuir para que determinado produto cheire melhor, isso pode significar a sua “*legal death knell*”, como melhor detalharemos quando nos debruçarmos sobre as marcas olfativas⁹².

Situações há em que os produtos perdem a sua capacidade distintiva ao longo do tempo. Imagine-se o cheiro característico a “carro novo”, fragrância proveniente dos aerossóis que existem nas fábricas de automóveis. Este cheiro é memorável e em princípio teria capacidade distintiva. Contudo, o desaparecimento gradual deste aroma ocorre, em média, ao fim de seis semanas de utilização do veículo. Tal significa que a capacidade distintiva se esbate no tempo, não se podendo ter por verificada; consequentemente, o direito sobre a marca não pode subsistir.

Quanto à averiguação da distintividade de um sinal, o TPI definiu que o grau de distintividade exigido é mínimo⁹³.

Para finalizar, apontamos que este requisito, tal como o da representação, pode causar grandes obstáculos ao registo de marcas; porém, ao contrário do primeiro, que causa particulares dificuldades a algumas tipologias de marcas, este é uma “pedra” que pode surgir no caminho de qualquer categoria de marcas.

⁹⁰ *E.g.*, Silva Carvalho, 2004, pp. 206-207.

⁹¹ Esta é a tese maioritária na Alemanha, e Fernández-Nóvoa partilha deste entendimento. *Cfr.* Fernández-Nóvoa, 2004, p. 162.

⁹² LaLonde & Gilson, 2011, p. 217. Estes Autores referem ainda que, no que toca à proteção jurídica da marca, o *marketing* pode ser autodestrutivo quando direcione os consumidores para as características úteis do produto.

⁹³ Ac. do TPI, de 19/09/2001, proc. n.º T-118/00, entre *Procter & Gamble Company* e IHMI (Ac. *Procter & Gamble*).

Capítulo III – Marcas não tradicionais

1. Categorias de sinais

Rui Solnado da Cruz⁹⁴ sublinha que a ideia segundo a qual “tudo o que seja perceptível pelos cinco sentidos pode caracterizar um produto ou serviço e constituir uma referência para o consumidor ou utilizador”⁹⁵ aliada ao “desenvolvimento do comércio internacional trouxe uma nova dimensão quanto à configuração que um sinal distintivo do comércio pode revestir”⁹⁶.

Couto Gonçalves⁹⁷ refere que na categoria de sinais não convencionais inserem-se aqueles que não são fisicamente independentes do produto/serviço e que, portanto, ou são conceptualmente autónomos (cor, sinal tridimensional), ou são apreensíveis por sentidos diferentes da visão (sons, aromas, sabores, taticidades). Por seu turno, Pedro Sousa e Silva⁹⁸ discorda da aplicação de tal critério de distinção, utilizando como argumento o facto de este critério não poder operar para alguns dos sinais não tradicionais como, *e.g.*, o som, que raramente está incorporado no próprio produto. Reforça ainda que, em alguns casos, também a cor *per se* poderá ter total autonomia física relativamente ao produto/serviço, podendo ser usada unicamente na embalagem ou na publicidade.

Em face da variedade de marcas existentes, Pedro Sousa e Silva⁹⁹ opta por catalogar as diferentes tipologias em “sinais visíveis em si mesmos” (marcas “tradicionais”, tridimensionais, monocores, dinâmicas e de hologramas) e “sinais não visíveis em si mesmos” (marcas olfativas, sonoras, gustativas, táteis). No nosso estudo, acolhemos esta dicotomia, uma vez que, tal como o Autor indica, ela é pensada atendendo às acrescidas dificuldades que o último grupo tem no preenchimento do requisito da representação, como diante analisaremos.

Notando a economia deste trabalho, não nos deteremos sobre todos os sinais e, portanto, optamos por conferir destaque às marcas olfativas; complementarmente, faremos uma breve súmula de alguns dos demais sinais.

1.1. Sinais visíveis em si mesmos

1.1.1. Sinais monocromáticos

A consciência dos efeitos da cor nos consumidores motivou a que o legislador nacional esclarecesse, no art. 208.^o, que, a par das combinações de cores¹⁰⁰, a cor *per se* (leia-se cor em si mesma, sem forma, sem contornos, cor em abstrato) pode constituir

⁹⁴ Cruz, 2008, p. 61.

⁹⁵ O que não significa que todos os consumidores façam a mesma leitura sobre aquilo que apreendem através dos sentidos. O ser humano é subjetivo e, para além disso, há muitos fatores que podem interferir com as suas percepções.

⁹⁶ Com o mesmo entendimento, Perot-Morel, 1996, p. 257.

⁹⁷ Couto Gonçalves, 2009, p. 282.

⁹⁸ Sousa e Silva, 2012, p. 368.

⁹⁹ Sousa e Silva, 2011, pp. 127-138.

¹⁰⁰ A combinação de cores sempre foi pacificamente aceite por não acarretar perigos concorrenciais, dadas as infinitas possibilidades de combinações.

uma marca¹⁰¹. O TJ(CE)¹⁰² aclarou que não se pode presumir que uma cor por si só constitua um sinal e, por seu turno, admitiu que, em situações excepcionais¹⁰³, dependendo do contexto de utilização, podem existir marcas monocores. Assim, definiu que, para que a cor seja representada, é preciso algo mais do que a sua mera reprodução em papel (por, salvo quando seja uma amostra eletrónica, esta não revestir carácter duradouro), sendo necessária a designação da referida cor através de um código internacional de cores (*e.g.*, o código pantone); este, por sua vez, pode ser complementado com uma descrição verbal da cor. No tocante à aptidão distintiva, o TJ(CE) fixou que o público relevante terá de ter a percepção de que a marca é apta a identificar produtos/serviços como provenientes de uma empresa específica e a capacidade de os distinguir dos de outras empresas. Acima de tudo, é essencial reter que esta categoria de marcas impõe um cuidado reforçado quanto à análise dos interesses em causa para que não seja limitada a disponibilidade dos sinais que “são de todos” e que, nessa medida, devem estar ao alcance dos operadores económicos.

1.1.2. Sinais de multimédia, de holograma e de movimento

Há algumas categorias de marcas que vão beneficiar muito com a supressão da representação gráfica e que, por conseguinte, se vão tornar mais apelativas. Falamos das marcas de multimédia, de holograma e de movimento, relativamente às quais se espera um aumento significativo do número de pedidos e de concessões de registo.

A marca de multimédia é constituída pela junção de imagem e som e, eventualmente, de outros elementos. Para que se cumpra o requisito da representação, basta que o requerente entregue um ficheiro audiovisual que contenha a combinação da imagem e do som. A marca de movimento é composta, como o nome indica, por um movimento ou por uma alteração na posição dos demais elementos que a integram (nominativos, figurativos ou outros). No quadro do Novo CPI já não é necessário que, para efeitos de representação, se faça uma descrição detalhada da sequência de fotografias que, quando analisadas sequencialmente, dentro de um período de tempo, espelham o movimento. De forma simplificada, a marca pode, *e.g.*, ser representada através de um ficheiro vídeo. As marcas de holograma são “marcas figurativas com um carácter tridimensional que podem incluir movimento”¹⁰⁴. As dificuldades que existiam anteriormente residiam na dificuldade de captura do holograma e na sua reprodução em papel. Tais obstáculos foram ultrapassados no Novo CPI, que possibilita, também quanto a estas, que a representação se opere através de um ficheiro vídeo.

¹⁰¹ Carvalho, 2013-2014, pp. 138-139, sublinha que a proteção jurídica da cor assume particular relevância no mundo da moda, principalmente nos produtos/serviços de luxo, que se associam a cores que são pensadas em função de determinadas mensagens apelativas que a marca pretende transmitir ao consumidor (*vd.*, *e.g.*, o caso do cor de laranja da Hermès).

¹⁰² *Cfr. Ac. Libertel, op. cit.*

¹⁰³ Considerando as necessidades acrescidas de salvaguarda da disponibilidade dos sinais deste tipo, compreende-se que, por regra, só pela superação do teste do *secondary meaning* é que a marca de cor terá aptidão distintiva. Contudo, numa perspetiva mais teórica do que prática, no *Ac. Libertel*, o TJ(CE) (pontos 66 e 67) considerou que em circunstâncias excepcionais a capacidade distintiva pode verificar-se *ab initio*, ou seja, antes de qualquer utilização (*cfr.* pontos 66 e 67 *Ac. Libertel*).

¹⁰⁴ Costeira, 2018, p. 39.

No que respeita a estas categorias, Aurea Suñol Lucea¹⁰⁵ sublinha que, provavelmente, de modo a garantir uma maior precisão, será necessário que o movimento possa ser visualizado diretamente na plataforma *online* (e.g., do IPIUE), aquando da pesquisa pelos interessados.

1.2. Sinais não visíveis em si mesmos

1.2.1. Sinais sonoros

Com o Novo CPI a possibilidade de registo de todo e qualquer tipo de som concretiza-se. O legislador consciencializou-se do forte poder de memória¹⁰⁶ dos sons e abriu a porta do registo a qualquer ruído, som ou conjunto de sons, insuscetíveis de representação em pentagrama ou espectrograma¹⁰⁷, desde que possam ser apresentados em ficheiro áudio. Desta forma, antevemos um melhor aproveitamento do som pelos especialistas de *marketing*. E.g., o emblemático “SIIMMM” que Cristiano Ronaldo utiliza para assinalar um golo passa a ser passível de registo através da entrega de um ficheiro áudio ou audiovisual.

1.2.2. Sinais olfativos

O olfato consegue identificar um leque interminável de aromas capazes de despoletar imagens, sensações e memórias no ser humano. Atendendo ao facto de o cheiro ser um dos primeiros sentidos a funcionar como alerta e ao facto de 75% das nossas emoções diárias serem influenciadas por aquilo que cheiramos, não será de estranhar que num futuro próximo os *marketeers* não poupem esforços para criar marcas que apelem ao olfato e que, por conseguinte, se adense a necessidade de proteger juridicamente estes sinais¹⁰⁸.

O aroma é comumente apontado como uma característica de um produto ou como um elemento capaz de o tornar mais apelativo¹⁰⁹. Contudo, o TJ(CE) já afirmou que nada obsta a que um aroma possa ser protegido como marca. Esta admissão não levanta grandes dúvidas no plano teórico, mas, considerando a dificuldade de identificação destes sinais de forma clara e precisa, o mesmo não se poderá dizer relativamente à realidade prática.

Os Estados Unidos da América sempre tiveram um regime mais liberal do que o existente na Europa quanto à exigência de representação gráfica, e nessa medida não surpreende que, em 1990, tenham sido pioneiros a registar uma marca olfativa que consistia numa fragrância floral fresca aplicada a um *kit* de linhas para bordar^{110 111}. A nível da

¹⁰⁵ Suñol Lucea, 2017, p. 191.

¹⁰⁶ Quem não se recorda do famoso Nokia tune?

¹⁰⁷ Para registo de sons musicais e não musicais, respetivamente.

¹⁰⁸ Solnado da Cruz, 2008, p. 61, qualifica estes sinais como sendo um “novo pólo atractivo dos estrategas de publicidade e de marketing”.

¹⁰⁹ E.g., em Portugal, a marca de calçado *Lemon Jelly* coloca em todas as suas criações o aroma a limão que perdura durante mais ou menos dois anos.

¹¹⁰ Aparentemente, a descrição de um odor é o suficiente para que a marca olfativa se considere representada. *Vd., e.g.*, odor de pastilha elástica para fluidos e óleos (marca n.º 2644707) e o odor a morango para lubrificantes e combustíveis (marca n.º 2596156).

¹¹¹ Para uma análise detalhada desta decisão que não foi ausente de dificuldades, *vd.* Gippini, 1991-1992.

UE, como já referimos, são muitas as dificuldades de concretizar a representação de um odor através de uma forma uniformemente aceite e, assim sendo, colocam-se, por ora, vincadas reservas à admissibilidade de registo de marcas olfativas.

No Ac. Sieckmann, o TJ(CE) pronunciou-se apenas quanto às formas de representação que foram utilizadas no caso *sub judice*. No que respeita à fórmula química¹¹², considerou que estava representada a substância enquanto tal e não o odor. Referindo-se à descrição¹¹³ do odor, concluiu que a mesma não era suficientemente clara, precisa e objetiva. Relativamente à apresentação da amostra, fixou que faltava verificação da estabilidade e durabilidade. Por fim, considerando o conjunto destes meios de representação, o TJ(CE) determinou que estavam em falta a clareza e a precisão.

Posteriormente, no Ac. *Eden*, o TPI clarificou que a imagem a cores de um morango também não configura uma representação gráfica precisa e unívoca porque evidencia o fruto que exala o odor e não o odor propriamente dito.

Existem outras formas de representar odores. A forma tradicional de representar um odor traduz-se numa avaliação sensorial marcadamente subjetiva e pouco delimitadora do aroma, feita através de termos padronizados de perceções sensoriais.

Em 1996, Luigi Mansani¹¹⁴ já referia que a ciência permite obter informação qualitativa e quantitativa sobre as misturas complexas através da cromatografia de gases e da cromatografia líquida de alto rendimento que, quando utilizadas em conjunto, permitem separar e analisar os voláteis libertados pelos aromas. Do recurso a estas técnicas resulta um cromatograma, através do qual é possível aferir as quantidades dos compostos em função do tempo da sua separação e através do qual, posteriormente, se poderá conhecer a estrutura química de cada um deles (aromograma). Deste modo, através do cromatograma¹¹⁵ e do aromograma é possível representar graficamente um odor sem que se dê a conhecer a sua composição química, a qual pode permanecer em segredo comercial. Sem embargo, esta forma de representação pode comportar problemas para odores mais complexos¹¹⁶. Em nossa opinião, utilizar este meio de representação exigiria um formalismo científico e eventuais custos agravados que poderiam funcionar como um fator dissuasor do requerente. Acresce que este é um sistema sofisticado que dificilmente permite que quem consulte o registo fique com a impressão certa sobre a delimitação do sinal.

Mais recentemente, têm sido apontadas possibilidades de representação digital como, *e.g.*, a tecnologia de digitalização de aromas que “consiste em alterar as experiên-

¹¹² *Cfr.* ponto 69 do Ac. Sieckmann e ponto 40 das Conclusões do AG Dámaso Colomer, *op. cit.*, onde foi destacada a dificuldade da generalidade das pessoas de interpretarem um odor através da fórmula química e onde foi mencionado que o mesmo produto é suscetível de dar origem a sinais olfativos diferentes em função de diversos fatores como a sua concentração, a temperatura, o ambiente ou o suporte em que seja utilizado.

¹¹³ *Cfr.* ponto 70 do Ac. Sieckmann.

¹¹⁴ Mansani, 1996, pp. 265-266.

¹¹⁵ Karapapa, 2010, p. 1353, refere que o IHMI rejeitou um cromatograma para representar o “smell of an amber, woolly aroma, with Virginia tobacco undertones and a mace topnote” por não ser inteligível pelo público.

¹¹⁶ Por esta razão alguns Autores sugerem que estas técnicas sejam integradas com outros meios “como a espectrometria de massa, a ressonância nuclear magnética, a espectrometria por infra-vermelhos ou por ultravioletas”, embora ainda assim se possam defrontar com alguns obstáculos de fiabilidade. *Cfr.* Carvalho, 2009, pp. 234-235.

cias interativas através da aromatização de filmes, jogos, música, animação ou qualquer outro meio digital”¹¹⁷. Karapapa¹¹⁸ destaca o dispositivo do nariz eletrónico¹¹⁹, que consiste num conjunto de sensores de produtos químicos que medem a composição qualitativa e quantitativa, de forma a que seja possível obter a “imagem do aroma”. Este dispositivo eletrónico pode ainda ser mais sofisticado se for colorimétrico, ou seja, se permitir identificar e reproduzir o aroma através de um padrão de cor. O maior problema que advém deste método consiste no facto de o público não saber como interpretar as cores.

Ultrapassada que está a necessidade de a representação ser feita por meios gráficos, tem sido apontada a hipótese de estes sinais serem percecionados num ambiente de realidade virtual multissensorial que comporta o chamado *e-mail* aromático, *i.e.*, a utilização de um dispositivo acessório que se liga ao computador e que armazena¹²⁰ um conjunto de aromas que se vão misturando ou separando de acordo com as ordens de um *software* desenvolvido para o efeito¹²¹. Na mesma linha, Karapapa¹²² refere que o dispositivo será mais ou menos do tamanho do altifalante e que libertará os aromas de acordo com as instruções digitais que lhe são dadas, podendo tal processo repetir-se as vezes que forem necessárias de forma a ser garantida a acessibilidade.

Recentemente, Noto La Diega¹²³ destacou, a nosso ver bem, que graças à inteligência artificial a química está a evoluir e os aromas podem ser identificados com uma precisão de quase 100%. Na sua obra, este Autor refere ainda uma forma de representação que consideramos ser importante por se mostrar acessível e capaz de satisfazer as necessidades subjacentes ao registo. Referimo-nos ao “*smelling screen*”, que se caracteriza por ser um inovador *display* que consegue gerar a distribuição de um aroma através de um ecrã bidimensional.

Não podemos deixar de aludir ao fenómeno da IoT relativamente ao qual não há uma definição universal. Não obstante, o termo “IoT” é comumente associado à conectividade de rede e à capacidade de computação que se estende a objetos, sensores e dispositivos que não são considerados computadores¹²⁴.

Atualmente existem mais de 20 biliões de dispositivos inteligentes e em 2025 espera-se que aumentem para 80 biliões¹²⁵. Desta forma, este aumento dará certamente lugar a diversificadas técnicas de reconhecimento e identificação de odores.

A flexibilização dos meios de representação permite que os requerentes deste tipo de sinais tenham um leque mais amplo de opções, sendo certo que, no limite, poderão

¹¹⁷ Solnado da Cruz, 2008, n. 218, p. 79.

¹¹⁸ Karapapa, 2010, p. 1354.

¹¹⁹ Note-se que, em 2018, numa feira de inovação e tecnologia (CES), uma *start-up* francesa (*Aryball Technologie*) apresentou o NeOse, um aparelho capaz de identificar 50 odores diferentes. Esta é uma tecnologia *user-friendly* em que basta apontar o dispositivo para a fonte de odor e este, através de sensores químicos e de um sistema ótico, reconhece e identifica o odor na sua base de dados; em aproximadamente 30 segundo, emite o resultado, o qual pode ser consultado através de uma *app*, passível de instalação em qualquer *smartphone*.

¹²⁰ Num cartucho descartável que pode ser preenchido com óleos aromáticos.

¹²¹ Balaña, 2005-2006, p. 20 e n. 35, p. 27.

¹²² Karapapa, 2010, pp. 1357-1358.

¹²³ La Diega, 2018, p. 11.

¹²⁴ *Cfr.* Rose, Eldridge & Chapin, 2015, p. 17

¹²⁵ *Cfr.* Statista, 2019.

sempre optar por expressar o sinal olfativo como ele é reconhecido do público através de uma descrição verbal que pode ser consolidada com um outro meio de representação mais técnico. De notar é o facto de os avanços tecnológicos, até à data, serem ainda insuficientes para os tribunais e para os institutos da propriedade industrial que, aparentemente, continuam vinculados aos *standards* do Ac. Sieckmann. Porém, apraz-nos dizer que está tudo encaminhado para que progressivamente a representação deixe de ser a “pedra no sapato” das marcas sensitivas. Como primeiro passo nesta caminhada, sugerimos que seja adotada uma classificação internacional de odores.

Estando agilizado o requisito formal, a doutrina tem-se ocupado essencialmente dos problemas relacionados com a possibilidade de estes sinais constituírem marca e com a sua capacidade distintiva. Estudos revelam que o homem é capaz de identificar odores, mas, por outro lado, não podemos ignorar que tem dificuldade em identificá-los de forma precisa¹²⁶. É neste contexto que se verificam os grandes obstáculos a que agora, de modo sucinto, faremos menção. Antes de mais, verdadeiramente relevante é saber se o consumidor percebe estes sinais como marca e se é capaz de identificar o produto/serviço correto através deles. Na maior parte dos casos, o consumidor tem acesso à fragrância dos produtos em momento prévio à aquisição – é o que acontece no caso dos *product scents* (produtos que libertam uma fragrância que tem a função de perfumar, como é o caso dos detergentes de limpeza) e no caso dos *unique scents* (produtos que libertam uma fragrância sem que tal seja usual no mercado, como é o caso da bola de ténis com cheiro a relva fresca recém-cortada). De referir ainda os *primary scents*, que são produtos cuja razão de ser se baseia no aroma que libertam, como é o caso dos perfumes¹²⁷. Das três categorias referidas, consideramos que a penúltima poderá ser aquela com mais probabilidade de funcionar como marca.

Passando à questão dos impedimentos do registo, é de sublinhar que os sinais olfativos não podem ser descritivos, usuais¹²⁸, genéricos ou funcionais¹²⁹. Serão de recusar os pedidos de registo que lesem o interesse geral, ou seja, os pedidos que configurem uma monopolização do sinal pelo requerente, pois, caso contrário, correr-se-ia o risco de esgotamento dos odores disponíveis para os concorrentes. Sobre este problema denominado de *fragrance depletion* opera como catalisadora a chamada *scent confusion*, que se refere às dificuldades suscitadas pelos fatores de subjetividade no momento de delimitação do conteúdo da marca¹³⁰.

Ao exposto até agora importa acrescentar que esta tipologia de marcas levanta problemas também no momento de detetar eventuais infrações por parte de terceiros. Basta pensarmos que, ainda que a representação seja feita por meios tecnológicos, é o consumidor informado, atento e perspicaz quem tem a tarefa de analisar o risco de confusão entre marcas. Nesta medida, os elementos de subjetividade voltam a ser um obstáculo.

¹²⁶ Anil, et al., 2009, p. 700.

¹²⁷ Sobre esta terminologia e definições, *vd.* Balaña, 2005-2006, pp. 39-40.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 43, o Autor indica como *e.g.* destes sinais o cheiro a cacau para produtos que contenham chocolate e o cheiro a limão para detergentes da loiça.

¹²⁹ É de recusar o registo nos casos em que a forma olfativa é imposta pela natureza dos produtos como seria, *e.g.*, o caso do odor a limão para assinalar produtos cítricos. *Ibid.*, p. 47.

¹³⁰ *Ibid.*, pp. 55-56.

E.g., pensemos no famoso cheiro das batatas fritas da cadeia de restaurantes que opera sob a marca *McDonald's* e que é facilmente reconhecido e identificável em todas as lojas. A *McDonald's* não é uma marca olfativa, mas tem um cheiro que lhe é frequentemente associado. Porém, à partida, nada impede que um concorrente tente tirar partido deste aroma, registando-o para si. Neste tipo de situação há um risco acrescido de confusão para o consumidor e, por esse motivo, os institutos que concedem o registo terão de fazer uma pesquisa mais profunda acerca da disponibilidade dos sinais que surgem associados a muitos elementos subjetivos, o que pode dificultar esta tarefa.

1.2.3. Sinais gustativos

No respeitante às marcas gustativas, as dificuldades de representação densificam-se quando justapostas às que enfrentamos nas marcas olfativas, pois, ao problema do preenchimento do requisito da representação, soma-se o obstáculo da sua reduzida capacidade distintiva. Nesta categoria de marcas são muitos os elementos de subjetividade¹³¹ que assombram a identificação e a perceção do sinal gustativo. Manuel Durães Rocha¹³² indagou sobre esta matéria, referindo-se exemplificativamente à possibilidade de registo do sabor de um queijo, e deparou-se, desde logo, com uma série de questões relacionadas com a identificação, a perenidade e a estabilidade destes sinais. Não encontrando respostas, equacionou a possibilidade de serem criados *softwares* de papilas gustativas que contrariassem a subjetividade que há em cada consumidor. De facto, as perguntas sobre esta realidade ainda distante são muitas e as respostas apontadas são parcas, não havendo, até ao momento, uma marca gustativa registada, nem ao nível nacional, nem ao nível da UE¹³³. De qualquer das formas, por enquanto, o primeiro passo parece ser perceber como é que um sabor pode funcionar como marca quando, na verdade, os consumidores apenas provam os produtos depois de os comprarem¹³⁴.

Conclusão

Do nosso estudo resulta claro que os limites e o alcance do Direito de Marcas estão a ser ampliados de forma notória e progressiva, sendo este um fator fundamental para a competitividade e sucesso das empresas. Conseguir proteção jurídica é uma mais-valia porque a marca tem potencial para ser um ativo empresarial de grande relevância (por meio do qual podem ser geradas fontes de riqueza, *e.g.*, através da sua cessão).

Como referimos, não basta criar algo novo, é preciso, outrossim, proteger a criação de modo a garantir retorno económico. O aumento do número de pedidos de registo de

¹³¹ *E.g.*, Lindstrom, 2013, p. 52, destaca que as mulheres são mais sensíveis ao paladar do que os homens porque aquelas têm mais papilas gustativas do que estes. Pense-se, *e.g.*, nas avaliações diversas que o mesmo vinho pode ter em função do perito que o degusta.

¹³² Durães Rocha, 2017, p. 114.

¹³³ A *Eli Lilly and Company* solicitou o registo de uma marca comunitária descrita como “sabor de morangos artificiais” para assinalar produtos farmacêuticos. Porém, tal pedido foi rejeitado pelo IPIUE com base em três argumentos: a descrição não é suficiente para preenchimento do requisito da representação gráfica; a concessão do pedido conferiria a um comerciante, em exclusivo, o sabor a morango para medicamentos; e, por último, para que o interesse público fique assegurado, todas as empresas farmacêuticas têm o direito de usar o sabor a morango para disfarçar o sabor desagradável dos medicamentos (Decisão IPIUE de 04/08/2003, proc. n.º R 120/2001-2).

¹³⁴ Para esta tarefa alerta-nos Costeira, 2018, p. 43, e Sousa e Silva, 2011, p. 137.

marcas espelha a percepção, por parte das empresas, da necessidade de usar adequadamente a propriedade industrial para salvaguarda dos seus direitos e como estratégia para o seu desenvolvimento e crescimento.

As escolhas do legislador, desde o CPI de 1940 até ao CPI de 2003, foram, em nossa opinião, desafortunadas porque não atenderam à rapidez dos avanços da ciência e, nessa medida, estagnaram o conceito de marca que, a nosso ver, não deveria conter qualquer elemento que estivesse sujeito a uma rápida substituibilidade – como é o caso do requisito formal da representação.

A compreensão de que um sinal não deve ser privado da condição de marca pelo facto de não poder ser representado graficamente e, por outro lado, os galopantes avanços tecnológicos levaram a que o legislador (nacional e da UE) se desprendesse da era do papel e evoluísse, nomeadamente através da eliminação da exigência da representação gráfica. Com a DM, o RMUE e o Novo CPI deu-se um grande passo no que concerne à admissibilidade e registo das marcas não convencionais que, a nosso ver, no futuro poderão vir a tornar-se convencionais.

Se por um lado a transposição da DM para o ordenamento português foi operada com sucesso, clarificando-se conceitos, esclarecendo-se definições e agilizando-se alguns procedimentos, por outro lado, há alguns reparos a fazer. No que concerne às marcas, é nosso entendimento que o legislador nacional, tendo tido algum tempo para o fazer e atendendo à heterogeneidade dos membros que compuseram o grupo de trabalho de revisão do CPI, podia e devia ter sido mais atento e rigoroso na transposição. *E.g.*, poderia ter optado por simplificar o conceito de marca do art. 208.º de forma a que este pudesse ser visto como um verdadeiro *fresh start*. Além disso, poderia ter erradicado a palavra “gráfica” para evitar ser necessário utilizar a disjunção que só confunde o intérprete.

O legislador não antecipou os problemas de futuro, tendo optado por assombrar a norma da composição da marca com dois conceitos indeterminados (clareza e precisão) que, forçosamente, irão atrair subjetividades e obstar a que, para determinados sinais não tradicionais, se encontre um descritor comum de representação.

No respeitante à *ratio* do art. 208.º, cumpre-nos relembrar que a interpretação feita pelo TJ(CE) no Ac. Sieckmann está plasmada nos considerandos da DM, do RMUE e do Regulamento de Execução do RMUE e, em parte, no texto do Novo CPI. Tal situação anuncia um futuro com sete grandes obstáculos que os requerentes terão de superar. Todavia, consideramos que, para não esvaziar o sentido da mudança, impõe-se reinterpretar e flexibilizar os critérios Sieckmann de forma a que a possibilidade de registo não seja demasiado onerosa.

O balanço que nos atrevemos a fazer é de que a evolução será tímida e que os tribunais, os institutos (nacionais e da UE) de propriedade industrial, a doutrina e a jurisprudência continuarão, pelo menos por enquanto, a ser muito prudentes na análise e na admissibilidade dos pedidos de registo dos sinais olfativos, gustativos, táteis, etc.

De qualquer das formas, consideramos que a mudança de paradigma legislativo é um bom presságio para a admissão e registo das marcas não tradicionais, em especial das marcas sensoriais que, pela sua natureza, em nada se coadunavam com a exigên-

cia da representação gráfica. Adivinham-se tempos em que o aumento do número de pedidos de registo dos sinais plurissensoriais será significativo, atendendo ao facto de o *marketing* clássico estar a dar lugar ao *marketing* sensorial, que apela às emoções do consumidor e atende às suas necessidades sofisticadas de consumo. Nos dias de hoje esta evolução ainda não é completamente detetável porque ainda não se “traduziu em números”, ou seja, ainda não existem pedidos que tenham sido concedidos relativamente a estes sinais.

Até agora os tribunais têm pensado sobre este tipo de marcas de forma paulatina, por terem sempre presente o outro lado da moeda da admissibilidade, ou seja, nunca esquecendo as necessidades de segurança jurídica, o interesse geral e o facto de a marca munir o seu titular de um direito que pode durar *ad aeternum*.

Acreditamos que, quer os tribunais, quer os institutos que concedem o registo, terão um papel muito relevante nos próximos tempos, pois os primeiros estão encarregados de fixar jurisprudência conforme ao novo circunstancialismo, e os segundos terão de se adaptar e modernizar (ou até mesmo contar com a ajuda de especialistas para descortinar as formas possíveis de representação de sinais). Só desta forma é que consideramos operada a eliminação total do requisito da representação gráfica.

Para algumas tipologias de marcas não tradicionais como, por exemplo, as marcas sonoras, a evolução é muito positiva (e sem grandes obstáculos), já que passam a poder ser reproduzidos através de qualquer ficheiro áudio. Também relativamente às marcas monocromáticas, de movimento, de hologramas e de multimédia se vislumbram bons ventos.

A representação através de um formato eletrónico é apenas possível para alguns sinais; porém, acreditamos que, por exemplo, através do dispositivo nariz eletrónico, existirá a possibilidade de registo dos sinais olfativos sem que seja posta em causa a segurança jurídica. Já a possibilidade de registo dos sinais táteis e gustativos, consideramos, por enquanto, ser mais controversa; todavia, num futuro em que imperará a inteligência artificial, existirão grandes possibilidades de o registo destes sinais se tornar menos hipotético e mais real. De todo o modo, ainda que o ser humano possa vir a ser auxiliado por robôs na execução da representação deste tipo de sinais, acreditamos que ele nunca poderá ser substituído, pois estão em causa matérias que exigem a intervenção da subjetividade humana e dos seus cinco sentidos.

Seja como for, consideramos que o registo é pensado para ser consultado por “todos” e, nessa medida, deve garantir-se que seja inteligível por leigos. Assim sendo, propomos que, independentemente do que a ciência nos possa proporcionar, para cada sinal exista sempre uma descrição verbal o mais simples e objetiva possível.

Em suma, apraz-nos dizer que o aumento do número de pedidos, a abertura legislativa e o *marketing* sensorial vão fazer pressão para que sejam criadas formas de representação seguras e precisas das marcas sensoriais. Posteriormente, impor-se-á a necessidade de se criar um sistema acessível, que funcione com regras simples, mas exigente, credível e equilibrado, que deixe os seus utilizadores confortáveis e, sobretudo, que seja capaz de assegurar a necessária transparência e segurança jurídica.

Bibliografia

CORNISH, W., LLEWELYN, D. & APLIN, T. (2019). *Intellectual property: Patents, copy-right, trademarks and allied rights*. London, Sweet & Maxwell.

ADAMS, M. & SCARDAMAGLIA, A. (2018). Non-traditional trade marks in Europe: A historical snapshot of applications and registrations. *European Intellectual Property Review*, vol. 40, no. 10, pp. 623-629.

BENTLY, L., SHERMAN, B., GANGJEE, D. & JOHNSON, P. (2018). *Intellectual property law – I copy therefore I am*. Oxford: Oxford University Press.

LALONDE, A.G. & GILSON, J. (2011) Getting real with nontraditional trademarks: What's next after red oven knobs, the sound of burning methamphetamine, and goats on a grass roof? *The Trademark Reporter*, vol. 101, n.º 1, pp. 186-218.

Anil, S, Chiam Faye Piu HOON, Lim Jie Ren JULIAN & Wee Ze Min JEREMY (2009). Smell marks – A Singapore study and the implications for the commercial use and exploitation of non-traditional trademarks. *International Review of Intellectual PROPERTY and Competition Law*, vol. 40, no. 6, pp. 698-714.

AHUJA, V.K. (2010). Non-traditional trademarks: New dimension of trade marks law. *European Intellectual Property Review*, vol. 32, no. 11, pp. 575-581.

BALANÍA, S. (2005-2006). El entorno digital, ¿Segunda oportunidad para la marca olfativa? Estudio acerca de la capacidad del signo olfativo para funcionar como marca en el mercado. In *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo XXVI, pp. 19-57.

CANDELARIO MACÍAS, M. & RODRÍGUEZ GRILLO, L. (2009-2010). Un modo de entender la marca para enfrentar la crisis empresarial. In *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 30, pp. 141-166.

CARVALHO, M.M. (2018). The elimination of the susceptibility of graphic representation and trade mark registration, pp. 1-18. In *Law & Technology – E-Tec Yearbook*, JusGov – Research center for justice and governance, Universidade do Minho, retirado de https://drive.google.com/file/d/1voZezzRujtGD5rGnlBl5yW84_BluaUyn/view.

CARVALHO, M.M. (2018). A transposição da diretiva sobre marcas no projecto do código de propriedade industrial. *Revista de Direito Intelectual*, n.º 2, pp. 125-180.

CARVALHO, M.M. (2017). O novo regime jurídico da marca da União Europeia. *Revista de Direito Intelectual*, n.º 1, pp. 149-173.

CARVALHO, M.M. (2013-2014). A proteção jurídica da cor única como marca no âmbito da indústria da moda – Breves notas a propósito dos casos da sola lacada a cor vermelha. In *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 34, pp. 137-152.

CARVALHO, M.M. (2009). ‘Novas’ marcas e marcas não tradicionais: Objeto. In AA.VV. *Direito Industrial*, vol. VI, pp. 217-245.

CORREIA, A.F. (1973). *Lições de direito comercial, vol. I*. Coimbra: Universidade de Coimbra.

COSTEIRA, M.J. (2018). Marcas não convencionais. *Revista Julgar*, n.º 35, pp. 25-46.

COUTINHO de ABREU, J.M. (2018). *Curso de Direito Comercial – Introdução, atos de comércio, comerciantes, empresas, sinais distintivos, vol. I*. Coimbra: Almedina.

DURÃES ROCHA, M. (2017). Marcas sensoriais. *Revista AB Instantia*, n.º 7, pp. 113-117.

FERNÁNDEZ-NÓVOA, C. (2017). Capítulo XXVII, pp. 487-500. In *Manual de la propiedad industrial*. Madrid: Marcial Pons,

- FERNÁNDEZ-NÓVOA, C. (2004). *Tratado sobre derecho de marcas*. Madrid: Marcial Pons.
- FOURNIER GIPPINI, E. (1991-1992). Las marcas olfativas en los Estados Unidos. In *Actas de Derecho Industrial*, Tomo XIV, pp. 157-168.
- GOMES, J.V. (2015). As marcas não tradicionais e a nova Diretiva. *Revista AB Instantia*, n.º 5, pp. 163-176.
- GONÇALVES, L.C. (2019). *Manual de direito industrial – Propriedade industrial e concorrência desleal*. Coimbra: Almedina.
- GONÇALVES, L.C. (2015-2016). Propriedade intelectual – Globalização e União Europeia. In *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 36, pp. 125-144.
- GONÇALVES, L.C. (2009). Objeto. Sinais protegíveis. Modalidades. In AA.VV., *Direito Industrial*, vol. VI, pp. 275-295.
- GONÇALVES, L.C. (2003). Marca olfativa e o requisito da suscetibilidade de representação gráfica – Ac. do Tribunal de Justiça de 12.12.2002, P. C-273/00. *Cadernos de Direito Privado*, n.º 1, pp. 14-26.
- HÖPPERGER, M. (2009). Marcas no tradicionales – Entra en vigor el tratado de Singapur. *Revista de la OMPI*, n.º 1, pp. 4-9.
- KARAPAPA, S. (2010). Registering scents as community trademarks. *The Trademark Reporter*, vol. 100, n.º 6, pp. 1335-1359.
- LINDSTROM, M. (2010). *Brand sense – Os segredos sensoriais que nos levam a comprar*. Lisboa: Gestão Plus.
- MANSANI, L. (1996). Marchi olfattivi. *Rivista di Diritto Industriale*, n.º 6, pp. 262-275.
- MARCO ARCALÁ, L.A. (2015-2016). La nueva regulación del derecho de marcas en la Unión Europea – Comentario breve de la nueva Directiva sobre marcas y de la modificación del Reglamento sobre la marca de la Unión Europea. In *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 36, pp. 391-402.
- MARCO ARCALÁ, L.A. (2001a). La tipificación de la falta de carácter distintivo como motivo de denegación absoluto en la nueva Ley Española. In *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo XXII, pp. 111-142.
- MARCO ARCALÁ, L.A. (2001b). *Las causas de denegación de registro de la marca comunitaria*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MOTA, J. (2013). As marcas não tradicionais, um novo paradigma no direito da propriedade industrial. A jurisprudência recente: O caso Christian Loubotin vs Yves Saint Laurent. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 34, pp. 140-145.
- NOTO la DIEGA, G. (2018). Non-conventional marks: The EU reform of trade marks, Brexit, and the internet of things. *Diritto Mercato Tecnologia* (retirado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3113712).
- OLAVO, C. (2005a). Introdução ao direito industrial. In AAVV. *Direito Industrial*, vol. IV, pp. 155-198.
- OLAVO, C. (2005b). *Propriedade industrial – Sinais distintivos do comércio, concorrência desleal*. Vol. I. Coimbra: Almedina.
- OTERO LASTRES, J.M. (2001). La definición legal de marca en la nueva Ley Española de marcas. In *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo XXII, pp. 200-215.

PEROT-MOREL, M.A. (1996). Les difficultés relatives aux marques de forme et à quelques types particuliers de marques dans le cadre communautaire. *Rivista di Diritto Industriale*, n.º 6, pp. 247-261.

REMÉDIO MARQUES, J.P. (2018). Algumas notas sobre a revisão do CPI, no quadro do grupo de trabalho constituído na Secretaria de Estado da Justiça. *Revista de Direito Intelectual*, n.º 1, pp. 195-226.

RIBEIRO DE ALMEIDA, A., SILVA, A.P., VICENTE, D.M., MARQUES, J.P.R. & CARVALHO, M.M. (2017) *Parecer sobre a proposta de revisão do código da propriedade industrial*, Associação Portuguesa de Direito Intelectual (APDI), Lisboa. Retirado de <https://bit.ly/30qeOfC>.

ROSE, K., ELDRIDGE, S. & CHAPIN, L. (2015). *The internet of things: An overview – understanding the issues and challenges of a more connected world*, Internet Society. Retirado de: <https://www.internetsociety.org/wp-content/uploads/2017/08/ISOC-IoT-Overview-20151221-en.pdf>.

SAHIN, O. (2016). The past, the present and the future of colour and smell marks. *European Intellectual Property Review*, vol. 38, no. 8, pp. 504-516.

SAMPAIO, G. (2019). A revisão do código de propriedade industrial”, *Revista de Direito Comercial*, 2019, pp. 267 a 286, retirado de: <https://www.revistadedireitocomercial.com/a-revisao-do-codigo-de-propriedade-industrial>.

SERENS, M.C.G. (2007). *A monopolização da concorrência e a (re)emergência da tutela da marca*. Coimbra: Almedina.

SERENS, M.C.G. (1995). A “vulgarização” da marca na Directiva 89/104/CEE, de 21 de dezembro de 1988 (*ID EST*, no nosso direito futuro). Separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia*. Almedina, Coimbra.

SERENS, M.C.G. (1991). *Marcas de forma, Colectânea de jurisprudência*, Tomo IV, pp. 58-78.

SILVA, A.M.P. (2018). A nova diretiva europeia sobre marcas e a sua transposição para Portugal. *Revista de Direito Intelectual*, n.º 1, pp. 77-93.

SILVA CARVALHO, A. (2004). *Direito de Marcas*. Coimbra: Coimbra Edições.

SOLNADO da CRUZ, R. (2008). *A marca olfativa*. Coimbra: Almedina.

SOUSA e SILVA, P. (2012). Sinal e marca: as marcas não tradicionais. In AAVV, *Direito Industrial*, vol. VIII, pp. 363-381.

SOUSA e SILVA, P. (2012). *Direito Industrial – Noções fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora.

SUÑOL LUCEA, A. (2017). El nuevo marco normativo de las marcas basadas en signos no tradicionales (olor, sabor, tacto) viejos problemas y retos emergentes. In AA.VV. *Problemas actuales de derecho de la propiedad industrial. VI y VII Jornadas de Barcelona de derecho de la propiedad industrial*. Madrid: Tecnos, pp. 183-195.

TORRUBIA CHALMETA, B. (2011-2012). El requisito de la representación gráfica: Un límite de acceso al registro para las marcas no visuales. In *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, vol. 32, pp. 389-416.

Webgrafia

Comunicação comum sobre a representação de novos tipos de marcas. European Trade Mark and Design Network, 01/06/2018, retirado de <https://inpi.justica.gov.pt/Portals/6/PDF%20INPI/Not%C3%ADcias%20-%20ficheiros%20de%20apoio/PT%202%20Common%20Communication%202018.pdf?ver=2018-05-23-113017-600>.

Conclusões do Advogado-Geral Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, apresentadas em 06/11/2001 e que precederam o Ac. Sieckmann, retirado de <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=46822&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2663388>, consult. 16/05/19.

Dados estatísticos do ano de 2018, sobre invenções, design, marcas e outros sinais distintivos do comércio, INPI, retirado de https://inpi.justica.gov.pt/Portals/6/PDF%20INPI/Estatisticas%20de%20propriedade%20industrial/Relat%C3%B3rios/Relat%C3%B3rios%20de%202018/Relatorio_Estat%C3%ADstico%20Anual%202018.pdf?ver=2019-03-18-140519-593.

Dados estatísticos, *Internet of Things (IoT) connected devices installed base worldwide from 2015 to 2025 (in billions)*, Statista, 2019, retirado de <https://www.statista.com/statistics/471264/iot-number-of-connected-devices-worldwide/>.

Dados estatísticos mensais (correspondentes aos meses de janeiro, fevereiro, março e abril de 2019) sobre marcas e outros sinais distintivos do comércio, INPI, retirado de <https://inpi.justica.gov.pt/Portals/6/PDF%20INPI/Estatisticas%20de%20propriedade%20industrial/Estat%C3%ADsticas%20Mensais%20e%20Evolução%20Mensal/2019/Marcas%20e%20OSDC/Estat%C3%ADstica%20Mensal%20-%20Marcas%20-%2004%20-%20Abril%202018.pdf?ver=2019-05-15-085830-187>.

Dados estatísticos *Statistical Country Profiles – Portugal*, WIPO, 2008-2017, retirado de https://www.wipo.int/ipstats/en/statistics/country_profile/profile.jsp?code=PT.

Guidelines for examination in the office, Part B, Examination, Section 2, 2017, retirado de <https://euipo01app.sdlproducts.com/1004922/903892/trade-mark-guidelines/section-2-formalities>.

Intellectual property rights intensive industries and economic performance in the European Union, Industry-Level Analysis Report, 2016, retirado de https://euipo.europa.eu/tunnel-web/secure/webdav/guest/document_library/observatory/documents/IPContribution-Study/performance_in_the_European_Union/performance_in_the_European_Union_full.pdf.

Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que aproxima as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas (reformulação), de 27/03/2013, retirado de <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0162:FIN:PT:PDF>.

Lista de Acórdãos

Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias:

(21/05/2007), Ac. do TJ(CE), proc. n.º C-321/03, entre *Dyson Ltd e Registrar of trade marks (Ac. Dyson)*, retirado de <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=65304&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3077195>.

(27/11/2003), Ac. do TJ(CE), proc. n.º C-283/01, entre *Shield Mark BV e Joost Kist h.o.d.n. Memex (Ac. Shield)*, retirado de <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=48435&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3077195>.

(06/05/2003), Ac. do TJ(CE), proc. n.º C-104/01, entre *Libertel groep BV e Benelux-Merkenbureau* (Ac. *Libertel*), retirado de <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=48237&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2061765>.

(12/12/2002), Ac. do TJ(CE), proc. n.º C-273/00, entre *Ralph Sieckmann e Deutsches Patent-und Markenamt* (Ac. *Sieckmann*), retirado de <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=47585&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2061639>.

(18/06/2002), Ac. do TJ(CE), proc. n.º C-299/99, entre *Koninklijke Philips Electronics NV e Remington Consumer Products Ltd* (Ac. *Philips v. Remington*), retirado de <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=47423&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2062349>.

Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias

(27/10/2005), Ac. do TPI, proc. n.º T-305/04, entre *Eden SARL e IHMI* (Ac. *Eden*), retirado de <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=58068&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2686505>.

(19/09/2001), Ac. do TPI(CE), proc. n.º T-118/00, entre *Procter & Gamble Company e IHMI* (Ac. *Procter & Gamble*), retirado de <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=46587&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3545822>.

O caso McDonald's:
Explorando os limites da proibição de auxílios de Estado
na luta contra o planeamento fiscal internacional

Cátia Sofia Reis Andrade

Sob a orientação do
Professor Doutor João Félix Pinto Nogueira

Agradecimentos

Ao Professor Doutor João Félix Nogueira, por me ter inspirado nestas matérias, por ter aceitado o meu convite e por ter alavancado esta experiência.

À minha mãe, pelo amor incondicional, esforço e compreensão.

Aos meus irmãos, pela motivação.

À minha irmã, pelos conselhos preciosos.

Ao Diogo, pelo carinho e por ter acreditado mais em mim do que eu mesma. Pela paciência e compreensão, pelo apoio e estabilidade emocional.

Às minhas amigas de Coimbra, por todo o apoio.

Aos meus colegas do mestrado em direito fiscal, pela partilha de ideias e discussões.

Ao João Prata, pelas leituras das provas.

Resumo

Em 19 de setembro de 2018, a Comissão Europeia concluiu que a não tributação de determinados lucros do *McDonald's* no Luxemburgo não constitui um Auxílio de Estado ilegal, uma vez que está em conformidade com a legislação tributária nacional e com a Convenção sobre Dupla Tributação celebrada entre o Luxemburgo e os Estados Unidos da América.

A nossa dissertação explora os limites da aplicação do regime de Auxílios de Estado a situações cuja descrição fáctica seja idêntica à do caso *McDonald's* e procura obter, no plano internacional e europeu, possibilidades de reação contra este tipo de planeamento fiscal agressivo.

Palavras-chave: Auxílios de Estado; dupla não tributação; planeamento fiscal; BEPS; Diretiva Antielisão; instrumento multilateral; assimetrias híbridas; convenções sobre dupla tributação; cláusulas gerais antiabuso; cláusulas específicas anti-híbridos.

Abstract

On 19 September 2018, the Commission concluded that the non-taxation of certain McDonald's profits in Luxembourg did not lead to illegal State aid, as it was in line with national tax laws and the Luxembourg-United States of America Double Tax Treaty.

Our thesis explores the limits of the application of the State aid regime to situations whose factual description is identical to the McDonald's case and explores the different options, at the international and European level, for tackling this type of aggressive tax planning.

Keywords: State aid; double non-taxation; tax planning; BEPS; Anti-Tax Avoidance Directive; multilateral instrument; hybrid mismatches; double taxation conventions; general anti-abuse clauses; specific anti-hybrid clauses.

Lista de siglas e abreviaturas

AE	Auxílio de Estado
AT	Administração Tributária
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting (“Erosão da Base e Transferência de Lucros”)
CDT	Convenção de Dupla Tributação
CE	Comissão Europeia
CEAA	Cláusula Específica Antiabuso
CGAA	Cláusula Geral Antiabuso
CI	Comunicado de Imprensa
CM OCDE	Convenção Modelo da OCDE
COM	Comunicação da Comissão Europeia
CVDT	Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados
DAE	Diretiva Antielisão
DGC	Direção Geral da Concorrência
EE	Estabelecimento Estável
EF	Estado da Fonte
EM	Estado-Membro
EUA	Estados Unidos da América
G20	Grupo dos 20
IM	Instrumento Multilateral
LIR	Loi concernat l’impôt sur le revenu (“Lei do imposto sobre os rendimentos”)
LOB	Limitation on Benefits (regra de limitação de benefícios)
LU	Luxemburgo
McD	McDonald’s
McD Europe	McDonald’s Europe Franchising Sàrl
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
P3º	País Terceiro
PPT	Principle Purpose Test (“Teste da finalidade principal”)
StAnpG	Steueranpassungsgesetz (“Lei da adaptação fiscal”)
SEC	Sociedades Estrangeiras Controladas
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TG	Tribunal Geral
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia

Índice

1. Introdução	6
1.1. Nota introdutória	6
1.2. Objeto	7
1.2.1. Delimitação positiva	7
1.2.2. Delimitação negativa	7
1.2.3. Metodologia e bibliografia	7
1.2.4. Sequência	7
2. O caso McDonald's	8
3. O conceito de auxílios de Estado e a sua aplicabilidade ao caso	10
3.1. O artigo 107.º do TFUE	10
3.2. A seletividade	11
3.2.1. A posição do TJUE	11
3.2.2. A posição da Comissão	12
3.3. Análise crítica	15
3.3.1. Sistema de referência	15
3.3.2. <i>Rulings</i> e seletividade	15
3.3.3. O EE híbrido e a seletividade	16
3.3.4. Existirá um verdadeiro auxílio de Estado?	17
4. Reações contra este tipo de situações	17
4.1. Instrumentos jurídicos existentes à data do caso	18
4.1.1. O artigo 23.º-A e os respetivos comentários interpretativos da CM OCDE	18
4.2. Instrumentos jurídicos atuais e potencialmente aplicáveis ao caso	20
4.2.1. Resposta do BEPS – Ação 2 do Projeto BEPS	20
4.2.2. Resposta da Diretiva Antielisão	21
4.2.3. Alteração ao artigo 1.º da CM OCDE	23
4.2.4. Instrumento multilateral	24
5. Ponderação da aplicação de uma cláusula geral antiabuso ao caso	25
5.1. Cláusula geral antiabuso prevista na DAE I	25
5.2. Cláusula geral antiabuso prevista na CM OCDE	26
6. Apreciação global	28
6.1. Auxílio de Estado ou planeamento fiscal?	28
6.2. Hipóteses de solução	29
7. Conclusões	30
Anexo I	33
Bibliografia	34

1. Introdução

1.1. Nota introdutória

No hodierno direito da UE não existe uma harmonização tributária compreensiva. A tributação direta continua a ser, essencialmente, matéria da soberania dos EMs. No entanto, esta soberania encontra limitações. Em primeiro lugar, os Estados têm de adotar normas que respeitem as liberdades fundamentais¹. Em segundo lugar, as normas em matéria de tributação direta nunca poderão conduzir a uma distorção na concorrência². A presente dissertação centra-se neste segundo núcleo de limitações.

As empresas multinacionais têm vindo a adotar esquemas cada vez mais sofisticados de planeamento fiscal. Estes envolvem as suas próprias estruturas físicas e a sua localização geográfica, assim como a qualificação jurídica de diversas transações. Isto, de modo a aproveitar as discrepâncias entre os diferentes ordenamentos jurídicos, tentando reduzir ou eliminar a sua carga tributária.

A partir dos anos 90, a CE começou a publicar várias orientações no sentido de clarificar quais as medidas de âmbito tributário que deveriam ser consideradas como AE e, como tal, deveriam ser evitadas³.

Apesar disso, as fronteiras entre a admissibilidade e não admissibilidade não são claras. O caso *McDonald's*, ponto de partida para a nossa dissertação, é disso exemplo.

Há cerca de seis anos, a CE começou a investigar as práticas estatais de concessão de *tax rulings*⁴ dentro da UE⁵, verificando se os mesmos estariam a ser utilizados para conceder vantagens “*fora do radar*”⁶ da CE e se, por conseguinte, os mesmos eram compatíveis com as regras em matéria de AE.

Tendo por base a situação de planeamento fiscal agressivo deste caso, importa determinar até onde o regime dos AE pode ser utilizado para atacar este tipo de construções. Ou se, pelo contrário, a extensão deste regime (que não foi *ab initio* desenhado para estes casos) está longe de ser o ideal para solucionar problemas como a dupla não tributação. E sendo assim, qual o caminho que deverá ser seguido.

¹ Cf. Acórdão do TJ, de 14.02.1995, C-279/93, *Schumacker*, § 21.

² Este é um problema que atinge particularmente a UE, mas que tem sido muito discutido a nível internacional, nomeadamente, pela OCDE.

³ Cf. Ponto J do Código de Conduta no domínio da fiscalidade das empresas, aprovado pelo Conselho ECO-FIN, em dezembro de 1997 e a COM da CE sobre a aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas que respeitam à fiscalidade direta das empresas, de 10.12.1998 (98/C 384/03) (doravante “COM 1998”), substituída pela COM da CE sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, de 19.06.2016 (doravante “COM 2016”). Sobre os *tax rulings* a DGC publicou ainda o “Working Paper on State Aid and Tax Rulings” em 03.06.2016.

⁴ Traduz-se em “qualquer comunicação ou outro instrumento ou ação de efeito semelhante”, dado por ou em nome de um EM, sobre a interpretação ou aplicação das suas leis tributárias. Cf. Ponto 14 aditado ao artigo 3.º pela Diretiva (UE) 2015/2376 do Conselho, de 08.12.2015, que altera a Diretiva 2011/16/UE no que respeita à troca automática de informações obrigatória no domínio da fiscalidade. Doravante também “*ruling(s)*”.

⁵ Por força da Diretiva (UE) 2015/2376 já citada.

⁶ Cf. Luja, 2015, p. 5. Tradução nossa.

1.2. Objeto

1.2.1. Delimitação positiva

A presente dissertação terá por objeto as situações de assimetria híbrida de EE com o perfil das apresentadas pelo caso *McDonald's* e procurará explorar os mecanismos (a nível estatal e supra estatal) que podem ser utilizados para as combater.

Partiremos de uma análise crítica do regime dos AE e da sua aplicabilidade às recentes investigações da CE no que toca à concessão de *tax rulings* às sociedades multinacionais⁷. O nosso estudo versará sobre os *rulings* que exploram a aplicação das CDTs de modo a obter situações de assimetrias híbridas de entidades (neste caso de EE).

Posto isto, e no caso desse regime ser insuficiente, procuraremos verificar quais as demais opções disponíveis para combater as situações identificadas. Para tal, teremos em consideração, nomeadamente, as soluções constantes na DAE I⁸ e II⁹, na Ação 2 do Projeto BEPS e na CM OCDE.

1.2.2. Delimitação negativa

Tendo em conta que nos focaremos num tipo específico de assimetria, e dado o escopo limitado deste nosso trabalho, não analisaremos outros tipos de assimetria nem temas relacionados, ainda que relevantes do ponto de vista académico científico.

Não iremos analisar a construção e evolução na jurisprudência europeia da noção de AE, ou como esta proibição é aplicada às medidas de natureza fiscal. Não analisaremos ainda a evolução jurisprudencial do conceito de abuso (tanto ao nível doméstico como ao nível europeu).

Pelos mesmos motivos, não analisaremos a DAE¹⁰, o BEPS, o IM e a CM OCDE.

1.2.3. Metodologia e bibliografia

O nosso trabalho assenta essencialmente no estudo do caso *McDonald's*. Procedemos ainda a um cuidado exame legislativo, doutrinal, e de comunicações, recomendações e outros documentos de organizações internacionais, em particular da OCDE e da UE. Na redação da tese, seguimos as Regras de Formatação – FD Porto/UC Editora.

1.2.4. Sequência

No próximo capítulo iremos proceder ao enquadramento factual do caso *McDonald's*.

No capítulo 3 indagaremos os limites do conceito de AE, em especial no que concerne ao requisito da seletividade e a sua aplicabilidade às medidas de natureza fiscal que se traduzem na concessão de *tax rulings* pelas administrações fiscais dos EM. Nesta

⁷ Tem sido amplamente discutido pela sua utilização como meio de combate à erosão fiscal e à concorrência fiscal prejudicial. Cf. Rossi-Maccanico, 2015, p. 64 apud Dourado, 2017, p. 153.

⁸ Diretiva (UE) 2016/1164 do Conselho, de 12 de jul. de 2016, que estabelece as regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno.

⁹ Diretiva (UE) 2017/952 do Conselho, de 29.05.2017, que altera a Diretiva (UE) 2016/1164 no que respeita a assimetrias híbridas com países terceiros.

¹⁰ Ou a compatibilidade das respetivas regras com o ordenamento da UE.

senda, procederemos a uma análise crítica dos argumentos apresentados pela CE na decisão que deu início ao procedimento formal de investigação deste caso.

No capítulo 4 iremos examinar os meios de reação atualmente disponíveis contra este tipo de esquemas de planeamento fiscal, quer ao nível da *soft law* como da *hard law*, verificando a sua correlação.

No capítulo 5 analisaremos a possibilidade de aplicação de uma CGAA.

No capítulo 6 encontrar-se-á a nossa perspetiva.

Terminaremos com as devidas conclusões.

2. O caso McDonald's

A estrutura operativa utilizada pela *McDonald's* assenta num modelo de *franchising*¹¹. Entre 2009 e 2018, a *McD Europe* era residente fiscal no Luxemburgo¹² e possuía dois EE, um na Suíça (*Swiss Branch*) e outro nos EUA (*US Branch*). A *McD Europe* era detentora dos direitos de propriedade intelectual associados à *McDonald's Corporation* (residente fiscal nos EUA), sendo o *Swiss Branch* responsável pelo respetivo licenciamento e outros serviços junto dos franchisados. Como contrapartida da concessão do uso ou direito de uso desses direitos a restaurantes franchisados na Europa e na Rússia recebia *royalties*. Contudo, tais *royalties* encontravam-se internamente alocados ao *US Branch*¹³, permitindo que grande parte dos rendimentos gerados na Europa acabassem por ser canalizados para os EUA¹⁴.

O esquema que se segue ilustra a estrutura societária das entidades relevantes do Grupo para efeitos da nossa análise.

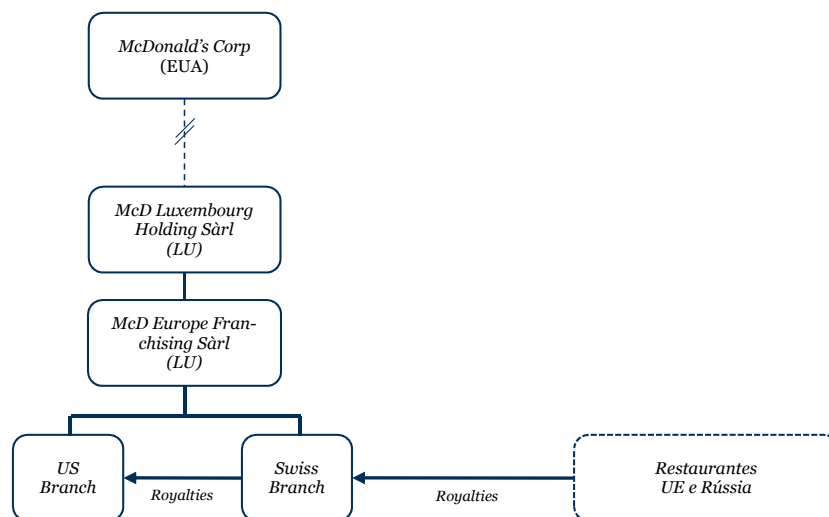


Figura 1. Esquema da estrutura societária do Grupo McDonald's relevante para o estudo do caso

¹¹ Esta estrutura corporativa acaba por ser mais fácil de compreender quando comparada com a de outros grupos de sociedades também visadas em casos de AE pela CE como a *Fiat*, a *Starbucks* ou a *Apple*.

¹² Com a reestruturação do Grupo *McDonald's* operada em 2018, a sede da *McD Europe* passou a localizar-se no Reino Unido. Cf. European Public Service Union, 2018.

¹³ Anexo I.

¹⁴ Ocorre assim uma “transferência do lucro tributável feito pelas multinacionais americanas para dentro e para fora dos Estados Unidos” (Andrade, 2002, p. 154).

Por forma a clarificar as suas responsabilidades fiscais no Luxemburgo¹⁵, a *McD Europe* solicitou à AT luxemburguesa um *tax ruling*. Este versava sobre a aplicação concreta das CDTs celebradas entre o Luxemburgo e a Suíça e o Luxemburgo e os EUA¹⁶.

O primeiro *ruling* data de março de 2009 e clarificou que a *McD Europe* estava isenta do pagamento do imposto sobre as sociedades no Luxemburgo relativamente aos lucros atribuídos ao *US Branch*, por força da aplicação da CDT LU-EUA celebrada em 3 de abril de 1996. No entanto, teria de apresentar, anualmente, provas de que os rendimentos (transferidos para os EUA através da Suíça) eram declarados e sujeitos a tributação nos EUA e na Suíça¹⁷.

Posteriormente, a *McD Europe* solicitou a revisão daquele *ruling*, insistindo que o Luxemburgo deveria isentar de qualquer tributação os lucros imputáveis ao EE nos EUA, alegando que a CDT LU-EUA não condiciona a isenção a um requisito de tributação efetiva no outro Estado contratante (circunstância que ainda hoje se mantém). Neste sentido, em setembro de 2009, a AT luxemburguesa outorgou um segundo *ruling*, pelo qual a isenção deixou de estar dependente de qualquer prova de tributação efetiva¹⁸.

Com efeito, os lucros atribuídos ao *US Branch* não eram sujeitos a tributação nos EUA. Isto porque, nos termos da lei doméstica norte-americana, apenas são tributados os *branches* que preencham o teste da atividade comercial substantiva (“active conduct of trade or business”¹⁹)²⁰. Uma sociedade terá atividade comercial quando desempenhe funções com caráter substancial. Como tal, uma empresa que funcione apenas como sede ou uma entidade que sirva apenas para perceção de rendimentos passivos (como dividendos e *royalties*) não cumprirá com este critério.

A 3 de dezembro de 2015, a CE decidiu dar início ao procedimento formal de investigação²¹, tendo por objeto estes dois *rulings*²². Conforme resulta desta decisão, a CE

¹⁵ Cf. N.º 1 do artigo 159.º da LIR.

¹⁶ Doravante “CDT LU-EUA”.

¹⁷ Cf. CE, CI, de 03.12.2015, AE: a Comissão dá início à investigação formal sobre o tratamento fiscal da McDonald’s no Luxemburgo (IP/15/6221) (doravante “Decisão Preliminar de 2015”), § 44.

¹⁸ *Ibid*, § 51.

¹⁹ “For purposes of the Internal Revenue Code, in the case of a non-resident alien individual or a foreign corporation that is engaged in a trade or business in the United States at any time during the taxable year, the rules set forth in § 1.864-4 through 1.864-7 and this section shall apply in determining whether income, gain, or loss shall be treated as effectively connected for a taxable year beginning after December 31, 1966, with the conduct of a trade or business in the United States.” Cf. 26 Code of Federal Regulations, § 1.864-3.

“The term ‘trade or business within the United States’ is not fully defined in the Code or Treasury regulations, and the IRS will not provide an advanced ruling on whether a taxpayer is engaged in a USTB”. Cf. Internal Revenue Service (2015); Legal Information Institute – 26 CFR 1.355-3.

“With respect to US source interest income, when determining that such income is effectively connected with the conduct of a trade or business within the United States, the factors taken into account include whether (i) the income is derived from assets used in or held for use in the 20 conduct of such trade or business (‘the Assets Test’), or (ii) the activities of such trade or business were a material factor in the realization of the income (the ‘Business Activities Test’). NETSER I., 2016.

²⁰ Não obstante, este entendimento contrasta com a decisão do *US Supreme Court* no caso *South Dakota vs. Wayfair Inc.*, n.º 17-494, de 21.06.2018. A propósito do *e-commerce*, este Tribunal considerou que existe nexó suficiente para a sujeição a “imposto sobre as vendas”, ainda que não exista uma presença física, o que até então era condição essencial para a sujeição daquele imposto.

²¹ Cf. N.º 2 do artigo 108.º do TFUE.

²² Decisão Preliminar de 2015.

entendia que, o segundo *ruling* aplicava incorretamente a CDT LU-EUA, concluindo, *prima facie*, pela existência de um AE.

Contudo, em 19 de setembro de 2018, a CE acabou por concluir, e bem, como veremos adiante, que a isenção dos *royalties* reconhecida pelo Luxemburgo à *McD Europe* não consubstanciava um AE²³.

3. O conceito de auxílios de Estado e a sua aplicabilidade ao caso

3.1. O artigo 107.º do TFUE

O n.º 1 do artigo 107.º do TFUE proíbe aos EMs a concessão de AE incompatíveis com o mercado interno. Os n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo listam as exceções a esta regra.

As orientações mais importantes nesta matéria encontram-se vertidas no regulamento (EU) 2015/1589 do Conselho²⁴. A competência para autorizar e controlar os auxílios admissíveis e para adotar medidas contra os Estados que concedam auxílios não autorizados²⁵ é da CE^{26 27}, que goza de amplos poderes para analisar as medidas notificadas (ou conhecidas por denúncia ou oficiosamente) e considerá-las como compatíveis com o mercado interno²⁸.

O elemento central deste regime consiste na definição de AE. Trata-se de um conceito que suscitou (e continua a suscitar) vários debates, doutrinários²⁹ e jurisprudenciais. Assim, os elementos que geralmente são indicados na construção deste conceito podem ser elencados da seguinte forma: (i) a existência de uma ajuda (seja qual for a forma)³⁰; (ii) concedida pelo Estado ou proveniente de recursos estatais³¹; (iii) que confira uma vantagem ao(s) seu(s) destinatário(s)³²; (iv) favoreça certas empresas ou certas produ-

²³ CE, Decisão final, de 19.09.2018 – *Auxílios de Estado: a CE concluiu que a não tributação do McDonald's no Luxemburgo não consubstancia um AE ilegal, uma vez que está em conformidade com a legislação fiscal nacional e a CDT LU-EUA*, C(2018) 6076 final (doravante “decisão final” ou “Decisão Final 2018”).

²⁴ Regulamento (UE) 2015/1589 do Conselho, de 13.07.2015, que estabelece as regras de execução do artigo 108.º do TFUE.

²⁵ Cf. Mason, 2017a, p. 451.

²⁶ Exceto nos casos em que a competência é do Conselho. Cf. O artigo 108.º do TFUE.

²⁷ “The way in which the Commission exercises its discretionary powers is outlined in a number of Regulations and in so-called soft law provisions, such as Guidelines and Communications” (Friederiszick, Röller & Verouden, 2007, p. 627).

²⁸ Cf. Santos, p. 4.

²⁹ A opção pela “indefinição concetual”, parte “provavelmente da impossibilidade de construir um conceito unitário de auxílio e, mesmo, da sua inutilidade ou até prejuízo, tendo em vista a razão de ser do seu controlo” (Porto & Almeida, 2010, p. 187). Cremos que, tal como preconizado por António Santos, trata-se de um “conceito aberto” cujos elementos devem ser interpretados à luz da contemporaneidade (Santos, 2003, p. 176).

“The approach taken by the Commission has been heavily debated in the international media and literature, wherein the Commission has been accused of eroding the sovereignty of Member States in the area of direct taxation” (Verhagen, 2017, p. 279). Também na doutrina internacional este problema é reconhecido, nomeadamente, em: Biondi, Eeckhout & Flynn, 2004; Shön, 1999, p. 917, 2015; Friederiszick, Röller & Verouden, 2007, pp. 626-631; Biondi & Righini, 2014.

³⁰ Cf. Acórdãos do TJUE, de 22.03.1977, C-78/76, *Steinike*, § 21, de 17.03.1993, C-72/91 e C-73,91, *Sloman Neptun*, § 16-22, de 02.02.1988, C-67, 68 e 70/85, *Van der Kooy BV*, § 33-38 e de 16.05.2002, C-482/99, *Stardust Marine*, § 36-38 e 56.

³¹ Cf. Acórdão do TJUE, já citado, *Sloman Neptun*, § 18.

³² Cf. Acórdãos do TJUE, de 02.07.1974, C-173,73, *Itália/Comissão*, § 26-28, de 07.06.2006, T-613/97, *UFEX*, § 158-171, de 23.03.2006, C-237/04, *Enirisorce*, § 41-49, de 06.03.2003, T-228/99 e T-233/99, *Westdeutsche*, § 254-258, de 13.03.2001, C-379/98, *Preussen Elektra*, § 58-62, de 15.12.2005, C-66/02,

ções (seletividade material ou regional)³³; (v) afete o mercado interno³⁴ e; (vi) provoque a distorção da concorrência³⁵.

O requisito da seletividade é aquele que assume maior importância e, consequentemente, maior controvérsia³⁶ e será examinado em detalhe no próximo segmento.

3.2. A seletividade

3.2.1. A posição do TJUE

Para identificar a existência de um AE é necessário determinar se uma medida estatal beneficia, de modo seletivo, uma sociedade ou um determinado conjunto de sociedades³⁷.

A seletividade pode ser de *iure* ou de *facto*³⁸. A primeira diz respeito às medidas que, de forma explícita, apenas se aplicam a determinadas sociedades. A segunda, pelo contrário, engloba medidas que não estando formalmente limitadas a certas categorias de sociedades ou setores de atividade, acabam por ter efeitos limitados a certas categorias ou setores com características comuns³⁹.

A este respeito, o TJUE entendia, de forma estável, que uma medida seria seletiva quando fosse “susceptível de colocar certas sociedades numa situação mais favorável do que outras”⁴⁰. Para o tribunal haveria “unicamente que determinar se, no quadro de um dado regime jurídico, uma medida estatal é susceptível de favorecer ‘certas empresas ou certas produções’ na aceção do artigo [107.º, n.º 1], do Tratado relativamente a outras empresas que se encontrem numa situação factual e jurídica comparável à luz do objetivo prosseguido pela medida em causa”⁴¹.

Com *Paint Graphos*⁴², o TJUE passou a considerar que a seletividade não deveria ser avaliada à luz da medida fiscal objetivamente mais favorável, mas antes tendo em consideração a finalidade prosseguida pelo imposto em causa⁴³. O TJUE considerou

Itália/Comissão, § 78, 79 e 92, de 13.06.2002, C-382/99, *Países Baixos/Comissão*, § 62-66, de 27.04.1994, C-393/92, *Almelo*, § 46-48, de 24.07.2003, C-280/00, *Altmark*, § 85-89 e de 01.07.2008, C-341/06 P e C-342/06 P, *Chronopost*, § 121-151.

³³ Cf. Acórdãos do TJUE, de 29.09.2000, T-55/99, *CETM*, § 39-42 e 47, de 26.09.1996, C-241/94, *França/Comissão*, § 22-24, de 15.11.2011, C-106/09 P e C-107/09 P, *Gibraltar*, § 75-107, de 29.03.2012, C-417/10, *3M Itália Spa*, § 40-43, de 06.09.2006, C-88/03, *Portugal/Comissão*, § 6, 7, 20-28, 53-84, de 08.11.2001, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, § 39-53 e de 08.09.2011, C-78/08 a C-80/08, *Paint Graphos*, § 49.

³⁴ Comunicação da Comissão – Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os EM previstos nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, de 27.04.2004 (2004/C 101/07), § 12, 14, 19-24, 28 e ss., 34, 44-57 e 23.

³⁵ É importante notar que, na maioria dos casos, tem sido entendido que os dois últimos critérios consideram-se cumpridos bastando que esteja em causa uma vantagem seletiva. O que suscita algumas dificuldades em perceber se, efetivamente, deverá haver lugar a uma análise individual de cada um dos elementos. Em nosso entender, parece-nos que resulta da própria redação do artigo 107.º do Tratado que a verificação desses elementos deve ser analisada autonomamente. Até porque, é possível que estejamos perante um AE que não afete o comércio entre os EM, p. ex., “quando o auxílio apoia a oferta de bens ou serviços não transacionáveis” (Friederiszick, Röller & Verouden, 2007, p. 627). Tradução nossa.

³⁶ P. ex., o Acórdão do TJUE, de 21.12.2016, C-20/15 P e C-21/15 P, *World Duty Free Group*, § 65-69.

³⁷ Cf. Mason, 2017, pp. 453-454.

³⁸ Cf. Ponto 5.2.1. da COM 2016.

³⁹ Cf. Micheau, 2014, pp. 4-5.

⁴⁰ Cf. Acórdão do TJUE, já citado, *França/Comissão*, § 24. (Micheau, 2014, p. 8).

⁴¹ Acórdão do TJUE, *Adria-Wien Pipeline*, já citado, § 41.

⁴² Acórdão do TJUE, *Paint Graphos*, já citado, § 74-75.

⁴³ Passamos de uma seletividade concreta, para uma seletividade em abstrato. (Ismer & Piotrowski, 2015, pp. 559-570).

ainda que, a utilização abusiva de regimes fiscais mais favoráveis pode consubstanciar um AE⁴⁴ e introduziu o teste da proporcionalidade para determinar a seletividade da medida⁴⁵.

Atualmente, a seletividade é aferida pelos seguintes passos⁴⁶: (i) determinar o sistema de referência, (ii) determinar se a medida estatal derroga esse sistema, levando a um tratamento desigual da entidade beneficiária em comparação com os operadores económicos que se encontram numa situação jurídico factual comparável, (iii) verificar se há uma justificação para essa derrogação e (iv) a proporcionalidade da medida⁴⁷.

3.2.2. A posição da Comissão

A CE considera como AE qualquer medida estatal que conceda um tratamento fiscal favorável a certas sociedades, colocando-as numa posição (financeira) mais favorável do que a concorrência⁴⁸. E tem atuado em conformidade, examinando várias medidas estatais, dentro das quais se incluem os *rulings* concedidos por alguns EMs⁴⁹.

Em 19 de maio de 2016, a CE adotou uma Comunicação sobre o conceito de AE (doravante “COM 2016”)⁵⁰, e em 3 de junho de 2016 lançou um documento de trabalho sobre AE e os *tax rulings*. “Estes dois documentos juntamente com as decisões finais da *Fiat*, da *Starbucks* e o regime do lucro excedente da Bélgica, são úteis para compreender o raciocínio da CE nos processos de auxílios estatais subsequentes”⁵¹.

Desde 2015 a 2019, a CE adotou sete decisões negativas com recuperação⁵² em relação a *tax rulings* concedidos pelos Países Baixos à *Starbucks*, pelo Luxemburgo à

⁴⁴ O que não se verificou no caso porque se concluiu que as sociedades cooperativas não estavam numa situação jurídico factual comparável à das empresas comerciais. Cf. § 61.

⁴⁵ Para que as medidas derogatórias sejam justificadas pela natureza ou pelo regime geral do sistema, é igualmente necessário garantir que essas medidas sejam tomadas em conformidade com o princípio da proporcionalidade e não excedem o necessário para atingir o objetivo legítimo prosseguido, na medida em que o objetivo não poderia ser atingido por medidas menos abrangentes. Cf. Acórdão do TJUE, *Paint Graphos*, já citado, § 74 e 75.

⁴⁶ As quais são igualmente seguidas pela CE. Cf. COM 2016, § 128.

⁴⁷ Este quarto passo surge com *Paint Graphos*.

⁴⁸ Cf. COM 1998, § 13; Mason, 2017a, p. 453.

⁴⁹ Desde 2013 a Direção-Geral da Concorrência começou a investigar uma categoria muito específica de medidas fiscais: os *tax rulings*.

⁵⁰ No que concerne à seletividade, a COM 2016 integra no Ponto 5.4. um conjunto de questões que apenas dizem respeito às medidas de natureza fiscal. Entre estas, encontramos no Ponto 5.4.4. o tratamento dos *tax rulings*. Reconhecendo a importância da função destas decisões, a CE afirma expressamente a necessidade de as mesmas respeitarem as regras sobre AE. Não obstante, da sua leitura parece resultar que a CE tinha apenas como objetivo o controlo dos *rulings* que tivessem por objeto preços de transferência. O que se traduz no reflexo do projeto BEPS, com a CE a intensificar a aplicação do artigo 107.º do TFUE. Cf. Dourado, 2017, p. 154.

“Interestingly, the new Notice also contains much more detail on the Commission’s view regarding tax rulings in general and transfer pricing rulings more specifically. Clearly, the Notice is aimed at providing further substance to the new direction the Commission has taken in its recent State aid decisions” (Verhagen, 2017, p. 282).

⁵¹ Gottfried, 2016. Tradução nossa.

⁵² De acordo com o artigo 17.º do Regulamento (UE) 2015/1589, já citado, “os poderes da Comissão para recuperar o auxílio ficam sujeitos a um prazo de prescrição de dez anos”.

*Fiat*⁵³, o regime de lucro excedente na Bélgica⁵⁴, pelo Luxemburgo à *Apple*⁵⁵, à *Amazon*⁵⁶ e à *Engie*⁵⁷ e o regime fiscal aplicável às sociedades multinacionais (regras relativas às “sociedades estrangeiras controladas”) pelo Reino Unido^{58 59}.

Para a CE, os *rulings* que resultem na redução da carga tributária a suportar pela sociedade abrangida constituem um AE⁶⁰. “A [COM 2016] não prevê qualquer orientação autónoma sobre a noção de seletividade no contexto dos *tax rulings*. Nas decisões finais, a CE sugere que qualquer *ruling* que se desvie do princípio da plena concorrência é seletivo”^{61 62}.

Com efeito, a maioria dos *rulings* analisados pela CE dizem respeito à aplicação do regime de preços de transferência⁶³. Neste âmbito, não devemos estar perante um AE se as condições acordadas entre duas sociedades pertencentes ao mesmo grupo (“entidades relacionadas”) refletirem o princípio da plena concorrência da OCDE⁶⁴ (*i.e.*, forem idênticas às que seriam praticadas entre sociedades não relacionadas ou independentes)⁶⁵.

O caso *McDonald's* não se insere neste domínio. Trata-se de um caso sem qualquer precedente e que teve por base o entendimento segundo o qual, o *ruling* que reduza a

⁵³ CE, CI, de 21 de out. de 2015, AE: a Comissão conclui que as vantagens fiscais seletivas concedidas à *Fiat* no Luxemburgo e à *Starbucks* nos Países Baixos são ilegais nos termos das regras da UE sobre auxílios estatais (IP/15/5880).

⁵⁴ CE, CI, de 11.01.2016, AE: a Comissão considera ilegal o regime fiscal belga relativo a «lucros excedentários»; 35 empresas multinacionais deverão reembolsar cerca de 700 milhões de euros (IP/15/4080).

⁵⁵ CE, CI, de 30.08.2016, AE: Irlanda concedeu vantagens fiscais ilegais à *Apple* que podem atingir 13 mil milhões de EUR (IP/16/2923).

⁵⁶ CE, CI, de 04.10.2017, AE: Comissão considera que o Luxemburgo concedeu à *Amazon* vantagens fiscais ilegais no valor de aproximadamente 250 milhões de EUR (IP/17/3701).

⁵⁷ CE, CI, de 20.06.2018, AE: a Comissão considera que o Luxemburgo concedeu benefícios fiscais ilegais à *Engie*; tem de recuperar cerca de € 120 milhões (IP/18/4228).

⁵⁸ CE, CI, de 02.04.2019, AE: a Comissão considera que parte do regime fiscal do Reino Unido concedeu vantagens fiscais ilegais a certas empresas multinacionais (IP/19/1948).

⁵⁹ “The main reason behind our state aid action is the realization that governments can distort competition in the Single Market not only by granting subsidies but also by offering sweetheart tax deals. In particular, the deals we have identified benefit only a handful of large multinationals that can put enticing investments and job opportunities on the negotiating table. Smaller companies cannot wield the same bargaining power” (excerto das declarações do comissário Joaquín Almunia na 31.ª Conferência Anual de Política da Concorrência da AmCham EU, Bruxelas, de 14.10.2014).

⁶⁰ Já os *rulings* que tenham por objeto apenas a confirmação de um determinado tratamento fiscal não são vistos como AE. Cf. Mason, 2017a, p. 452; Verhagen, 2017, p. 281. Tal evidencia que, os *rulings* não são automaticamente qualificados como AE. A verificação de um AE pressupõe uma análise detalhada dos pressupostos em que assenta a decisão expressa no *ruling* em concreto. Assim, será necessário aferir, nomeadamente, se existe um fundamento legal para que a AT possa conceder determinado tratamento, o que, como veremos, suscita algumas dificuldades pela complexidade das próprias normas (não só ao nível doméstico, mas também pela interceção de normas fiscais internacionais).

⁶¹ Gottfried, 2016. Tradução nossa.

⁶² Cf. Acórdão do TJUE, de 08.11.1997, C-28/97, *Technolease Philips-Rabobank*. Contudo, isto não significa, *per se*, que estejamos sempre perante um indicador de seletividade do AE, cujo requisito é essencial. A concessão de um *ruling*, em abstrato, não consubstancia qualquer AE. Mas, um *ruling* que tenha por efeito a redução da carga tributária pode ser visto como um. Cf. § 170 da COM. 2016, *apud* Mason, 2017a, p. 452.

⁶³ “With its recent State aid decisions on transfer pricing tax rulings, the European Commission has demonstrated its full recognition of the power of the State aid provisions as a means to tackle (harmful) tax competition within the European Union” (Verhagen, 2017, p. 279).

⁶⁴ Contudo, a CE tem vindo a adotar um conceito próprio do princípio da livre concorrência (evidente, nomeadamente, no caso *Starbucks*). Cf. Mason, 2017b, pp. 951 e ss.

⁶⁵ Cf. Petropoulos, 2018.

carga tributária da *McD Europe* no Luxemburgo⁶⁶, consubstancia uma perda de recursos estatais que de outra forma estariam disponíveis para o Estado.

A CE entendeu que aquele *ruling* distorcia ou ameaçava falsear a concorrência e que tinha potencial para afetar o comércio dentro da UE. Isto dado o facto de a *McD Europe* se tratar de uma empresa globalmente ativa a operar em vários EM, por fazer parte do grupo *McDonald's Corporation*.

Quanto à seletividade, a CE seguiu as etapas definidas pela jurisprudência do TJUE⁶⁷. Em concreto, considerou, tanto na decisão preliminar como na final, que o sistema de referência em causa era o sistema geral de imposto sobre o rendimento das sociedades do Luxemburgo, o qual “deve também ser considerado como incluindo os tratados de dupla tributação de que o Luxemburgo é parte”⁶⁸. No entanto, na decisão preliminar, concluiu que o segundo *ruling* contradizia as disposições da CDT LU-EUA, o que constituía a concessão de uma vantagem seletiva a favor da *McD Europe*, em derrogação do sistema de referência⁶⁹.

Para o efeito, referiu que a interpretação da CDT por parte do *McD Europe* e do Luxemburgo “[parecia] não estar de acordo nem com o texto das suas disposições nem com o seu objetivo”⁷⁰. Argumentando que, a isenção dos lucros atribuídos ao *US Branch*⁷¹ dependeria da verificação de que os rendimentos atribuídos a esse *branch* poderiam ser tributados nos EUA. Nos termos da CDT, os lucros das sociedades da *McD Europe* só podem ser tributados nos EUA se forem atribuíveis a um EE do outro Estado contratante. Como o *US Branch* não constituía um EE para efeitos da lei doméstica norte-americana, este Estado não os poderia tributar. Assim sendo, à luz do parágrafo 32.6 dos Comentários do artigo 23.º-A da CM OCDE⁷², os lucros atribuídos ao *US Branch* não deveriam ser considerados como atribuídos a um EE nos termos da CDT⁷³.

A CE concluiu ainda que, a AT luxemburguesa não invocou nenhuma das exceções previstas no TFUE⁷⁴.

Como se pode ver, o cerne deste caso centrou-se na qualificação jurídica do *US Branch*⁷⁵. Para a AT luxemburguesa, estávamos perante um EE nos termos da CDT, razão

⁶⁶ Pela aplicação do método da isenção previsto no n.º 1 do artigo 25.º da CDT LU-EUA.

⁶⁷ Cf. *supra* 4.2.1. COM 2016, § 128.

⁶⁸ Decisão Preliminar de 2015. Tradução nossa.

⁶⁹ Se oferece um tratamento desigual à *McD Europe* em comparação com outros operadores económicos numa situação jurídico factual comparável.

⁷⁰ Decisão Preliminar de 2015. Tradução nossa.

⁷¹ Nos termos do artigo 7.º da CDT LU-EUA.

⁷² Nos termos da qual “[t]he phrase ‘in accordance with the provisions of this Convention, may be taxed’ must also be interpreted in relation to possible cases of double non-taxation that can arise under Article 23 A. Where the Source State considers that the provisions of the Convention preclude it from taxing an item of income or capital which it would otherwise have had the right to tax, the State of residence should, for purposes of applying paragraph 1 of Article 23 A, consider that the item of income may not be taxed by the State of source in accordance with the provisions of the Convention, even though the State of residence would have applied the Convention differently so as to have the right to tax that income if it had been in the position of the State of source. Thus the State of residence is not required by paragraph 1 to exempt the item of income, a result which is consistent with the basic function of Article 23 which is to eliminate double taxation”.

⁷³ Decisão Preliminar de 2015. § 89-90.

⁷⁴ N.ºs 2 e 3 do artigo 107.º TFUE.

⁷⁵ “The conflicting applications of the treaty provisions here result exclusively from domestic law differences and from the way the differing domestic laws interact with the treaty” (Shaheen, 2017, p. 342).

pela qual a *McD Europe* teria direito à isenção dos lucros atribuídos a esse EE. Para a CE, dado que o *US Branch* não era tributado nos termos da lei doméstica norte-americana, este não poderia ser considerado como EE nos termos da CDT⁷⁶ e, conseqüentemente, não deveria ter sido reconhecida a isenção.

Esta abordagem será objeto de densificação nas secções seguintes. Não obstante, podemos adiantar que na decisão final, a CE reconsiderou a sua posição inicial, concluindo, *afinal*, que o segundo *ruling* não consubstancia um AE por não se tratar de uma medida seletiva⁷⁷.

3.3. Análise crítica

3.3.1. Sistema de referência

A determinação do sistema fiscal de referência nem sempre é inequívoca⁷⁸. É extremamente difícil defini-lo de um modo abstrato, dada a heterogeneidade dos regimes fiscais nacionais dos EMs e dada a multiplicidade de formas que as derrogações a esses sistemas podem assumir. Por esta razão, uma mesma medida pode ser considerada como AE num EM e não noutra.

A própria CE não tem contribuído para uma estabilização do conteúdo e alcance da expressão “sistema fiscal de referência”. Quando a CE afirma que, o sistema de referência integra as disposições da CDT, acaba por admitir que todas as sociedades que beneficiem da aplicação da CDT são tratadas da mesma forma. Por essa via, não haveria qualquer derrogação ou exceção relativamente a esse sistema geral tributário e, conseqüentemente, a medida em apreço não seria seletiva.

3.3.2. *Rulings* e seletividade

Na decisão de dar início à investigação do caso *McDonald’s* a CE não fez uma análise cuidada da seletividade por a considerar desnecessária à luz da posição do TJUE no caso *MOL*⁷⁹. Neste último, o tribunal considerou que sempre que uma vantagem é concedida através de uma decisão individual (o que é absolutamente questionável⁸⁰, sobretudo quando nos referimos aos casos de *rulings*), não é exigível uma análise mais detalhada. Tal consideração é, porém, absolutamente generalista e redutora, porquanto, sendo um *ruling* o reconhecimento de um tratamento da situação tributária concreta de um sujeito passivo, aceitar este entendimento significaria reconhecer que qualquer *ruling* é seletivo.

É certo que a concessão de um *ruling* implica alguma margem de discricionariedade por parte das administrações fiscais. Mas tal não significa que automaticamente privilegie um sujeito passivo face a um outro que se encontre numa situação de compa-

⁷⁶ Cf. artigo 25.º, n.º 2 da CDT LU-EUA.

⁷⁷ Cf. Decisão Final 2018, § 123.

⁷⁸ Cf. Acórdão do TJUE, *Gibraltar*, já citado, “elaborating an independent general description of a normal tax system from a Community perspective is the best solution but this course of action would mean an unacceptable encroachment to national sovereignty”; Shön, 1999, pp. 911-922.

⁷⁹ Acórdão do TJUE, de 4 de jun. de 2015, C-15/14 P, *Comissão/MOL*.

⁸⁰ Cf. Haslehner, 2016.

rabilidade⁸¹. Desde logo porque o resultado do *ruling* tem de decorrer do próprio sistema fiscal e, por isso, nunca poderá ser *contra legem*⁸².

A nosso ver, a CE evitou, pelo menos numa fase inicial, um confronto direto com os factos do caso: o Luxemburgo limitou-se a reconhecer a isenção imposta pela CDT LU-EUA, não se verificando, pelo exposto, qualquer derrogação do sistema de referência. O que, aliás, acabou por ser admitido pela própria CE na sua decisão final⁸³.

3.3.3. O EE híbrido e a seletividade

No âmbito das CDTs é utilizado o conceito de EE como teste para determinar a partir de que momento o outro Estado contratante (EF) pode tributar os lucros empresariais gerados no seu território (*i.e.*, expressa a *economic allegiance* do EF)⁸⁴.

Contudo, existem várias formas de aproveitamento deliberado das disparidades na qualificação jurídica de conceitos das CDTs que permitem às sociedades multinacionais minimizar a sua carga fiscal.

No caso em apreço, e conforme referido anteriormente, o conceito de EE utilizado pela lei norte-americana diz apenas respeito aos casos de “*active conduct trade or business*”⁸⁵. Dado que estão apenas em causa rendimentos passivos (perceção de *royalties*⁸⁶), não existe uma atividade comercial com substância suficiente e, conseqüentemente, os rendimentos imputados a este *branch* por força da CDT LU-EUA, não foram tributados nos EUA.

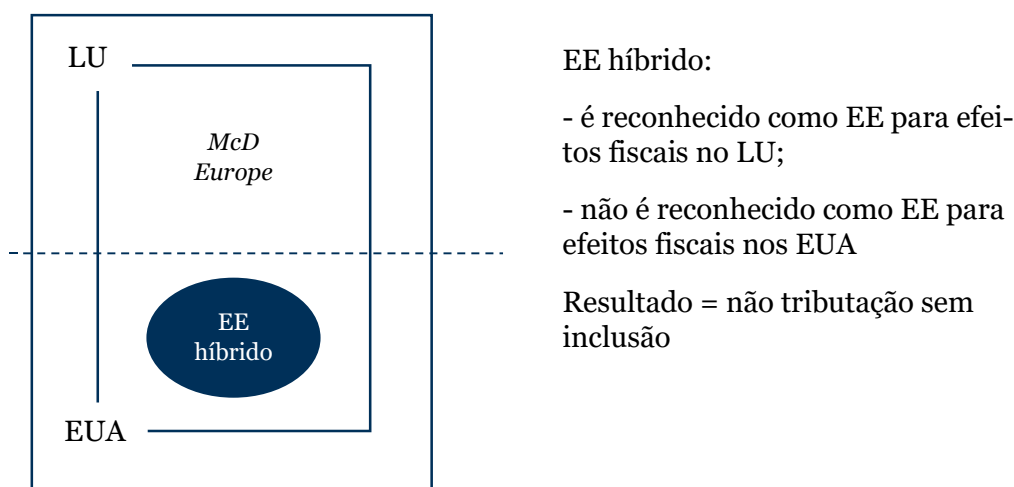


Figura 2. EE híbrido no caso McDonald's

⁸¹ Cf. Almeida, 2016.

⁸² Ibid.

⁸³ Cf. Decisão Final 2018, § 123.

⁸⁴ Cf. Ribeiro, 2006, pp. 61-82.

⁸⁵ Cf. nota de rodapé n.º 19.

⁸⁶ “Os pagamentos de *royalties* deverão ser isentos de tributação no Estado da Fonte, quer por liquidação quer por retenção de imposto. Procurou assegurar-se que o beneficiário efetivo dos pagamentos e os estabelecimentos permanentes fossem tributados ou no Estado membro de residência ou no local onde se situam, para que o rendimento fosse tributado na mesma jurisdição em que ocorressem as despesas de investigação e desenvolvimento” (Oliveira, 2014, p. 29).

Dúvidas não restam, de que estamos perante uma discrepância na qualificação jurídica do que é um EE – *i.e.*, um EE híbrido – e não, de uma situação sindicável pelo regime de AE⁸⁷.

3.3.4. Existirá um verdadeiro auxílio de Estado?

Poderia levantar-se aqui a questão de saber se os EUA atuam de modo intencional por forma a criar conflitos de qualificação com o objetivo de atrair investimento ou de beneficiar as suas empresas. Contudo, devemos sempre reconhecer que, no momento atual, os Estados são livres de exercer o direito à tributação na soberania que lhes é deixada por uma CDT do modo que queiram⁸⁸, inclusivamente não a exercendo.

O problema resultante desta assimetria híbrida – dupla não tributação – não pode, a nosso ver, ser imputado à *McDonald's Europe* ou ao Luxemburgo. Este último limita-se a reconhecer, no *ruling*, a aplicação da CDT. O que significa que, mesmo sem a concessão daquele, a consequência jurídica deveria ser a mesma, já que, na maioria dos Estados⁸⁹, e no Luxemburgo em particular, o direito internacional convencional é colocado na ordem jurídica interna num grau hierárquico superior⁹⁰.

Em face do exposto, entendemos que as assimetrias híbridas estão fora do âmbito de aplicação do regime de AE. Pelo que, o combate a estes casos deverá passar, no espaço europeu, por “esforços de coordenação, quer através da introdução de diretivas que harmonizem as definições nacionais, quer através da introdução de diretivas destinadas a evitar a dupla não tributação”⁹¹ de que é exemplo a Diretiva Antielisão. No âmbito internacional, deverá passar pela adoção consensual das recomendações da Ação 2 do BEPS.

4. Reações contra este tipo de situações

A reação internacional contra situações de BEPS tem sido liderada pela OCDE através de recomendações e da Convenção Multilateral para Prevenir a Erosão da Base Tributável e a Transferência de Lucros (também designado por “IM”).

Nos últimos anos, a UE começou a reagir contra estas situações recorrendo, por um lado, à proibição de AE, causando “muita incerteza aos contribuintes e aos EMs”⁹² e, por outro, adotando várias diretivas, das quais se destaca a Antielisão.

Nas próximas secções iremos examinar não só os instrumentos jurídicos existentes à data do caso como aqueles que foram adotados num momento posterior⁹³, numa tentativa de perceber até que ponto as situações com o perfil que selecionámos como hipótese de estudo do presente trabalho podem ser evitadas.

⁸⁷ Esta foi também a conclusão expressamente referida pela CE na sua decisão final, § 117-121.

⁸⁸ Cf. Raad, 2002, pp. 338-339.

⁸⁹ “and even in the United States, the treaties typically override contrary domestic law” (Avi-Yonah, 2007, p. 5).

⁹⁰ Cf. Artigos 26.º e 27.º da CVDT.

⁹¹ Cf. Lujá, 2015, p. 15. Tradução nossa.

⁹² Cf. Douma, 2017, pp. 65-95. Tradução nossa.

⁹³ Ainda que os mesmos não tenham entrado em vigor ou sido implementados.

4.1. Instrumentos jurídicos existentes à data do caso

4.1.1. O artigo 23.º-A e os respetivos comentários interpretativos da CM OCDE

Na sua decisão preliminar, a CE argumentou que o Luxemburgo não aplicou corretamente o método de isenção, nos termos do artigo 25.º da CDT LU-EUA⁹⁴. É importante, por isso, analisarmos as diferentes perspetivas sobre a interpretação desta disposição e sobre os Comentários da OCDE a este respeito.

O artigo 23.º-A da CM OCDE dispõe no n.º 1 o seguinte:

Com ressalva do disposto nos n.ºs 2 e 3, quando um residente de um Estado contratante obtiver rendimentos ou for proprietário de património que, de acordo com o disposto na Convenção, *possam ser tributados* no outro Estado contratante, o primeiro Estado mencionado isentará de imposto esses rendimentos ou esse património⁹⁵.

Com a alteração aos Comentários em 2000, no seu parágrafo 32.6 passa a constar que o artigo 23.º-A deve ser interpretado no sentido de abranger também os casos de dupla não tributação. De acordo com esta orientação, o Luxemburgo não deveria ter isentado o *McD Europe* e, conseqüentemente, teríamos aqui preenchido o requisito da seletividade.

Levanta-se, pois, a questão de saber se aquela orientação deveria ter sido considerada na aplicação da CDT LU-EUA, dado que a mesma foi introduzida nos Comentários quatro anos depois da data da assinatura da mesma. As respostas têm sido absolutamente divergentes⁹⁶.

Por um lado, o Comité de Assuntos Fiscais da OCDE, responsável pela elaboração destes Comentários, considera que a interpretação das CDTs deve ser feita, dentro do possível⁹⁷, de acordo com os Comentários mais recentes, mesmo no caso de Convenções celebradas anteriormente⁹⁸. Os defensores desta interpretação atualista ou dinâmica afirmam que, os membros do próprio Comité pertencem aos diferentes Estados e, como tal, conhecem a todo o tempo as novas interpretações. Conseqüentemente, quando tenham de aplicar as disposições da CDT sabem que a interpretação das mesmas é, naquele momento posterior, diferente.

Contudo este entendimento tem sido contrariado pela maioria dos autores nacionais e internacionais⁹⁹. Segundo esta posição maioritária, a qual perfilhamos, entende-se

⁹⁴ Cf. Decisão Preliminar de 2015. Este artigo corresponde ao artigo 23.º-A da CM OCDE.

⁹⁵ Tradução nossa. O itálico também é nosso.

⁹⁶ Cf. Lang, 2009, p. 204.

⁹⁷ Salvaguardam-se os casos em que esteja em causa uma alteração substancialmente diferente. O que implica, necessariamente, a questão de saber o que poderá ser ou não uma alteração deste tipo.

⁹⁸ OECD Model Tax Convention, Introduction to the Model Convention, § 33-36.1.

⁹⁹ Na doutrina portuguesa são vários os defensores desta interpretação. Gustavo Lopes Courinha e Rui Duarte Morais entendem que uma CDT que siga a CM OCDE deve ser interpretada apenas à luz dos Comentários vigentes à data da sua celebração, por serem estes os que as partes contratantes, supostamente, tiveram presentes ao celebrarem um tal acordo. Cf. Courinha, 2009, pp. 27-63.

Na doutrina internacional destacamos Klaus Vogel que além de defender esta perspetiva, acrescenta que, o comentário expressa apenas uma visão individual e não é vinculante. Cf. Vogel, 1986, p. 41; Michael Lang, afirma que uma interpretação atualista não se coaduna com o artigo 31.º da CVDT, já que tais alterações não

que deve valer a interpretação expressa nos Comentários vigentes no momento da celebração das CDTs, ou seja, defende-se uma interpretação estática. Desde logo, porque apenas no momento em que é celebrada, os Estados podem proceder a observações¹⁰⁰ relativamente aos Comentários. Se estes são alterados, não é possível predeterminar se os Estados contratantes concordam ou não. Além disso, à luz da interpretação dinâmica, os Estados estariam constantemente sujeitos a uma insegurança e imprevisibilidade quanto aos termos de aplicação das Convenções, gerando também enormes dificuldades na sua aplicação na esfera das administrações fiscais.

Fadi Shaheen apresenta uma outra visão deste problema sugerindo dois argumentos alternativos de suporte à posição inicial da CE¹⁰¹. O primeiro argumento diz respeito ao parágrafo 32.6 dos Comentários. O segundo tem por base a redação do artigo 23.º-A da CM OCDE.

Para o autor, mesmo afastando o conteúdo destes Comentários introduzidos em 2000 através da interpretação estática, o relatório de 1999 da OCDE¹⁰² foi aprovado antes da conclusão da CDT LU-EUA e o Luxemburgo não apôs qualquer reserva ao mesmo.

Relativamente ao segundo argumento, Fadi Shaheen afirma que existe apenas um conflito entre leis domésticas e o Tratado. Não há qualquer desacordo entre os EUA e o Luxemburgo, porquanto, apenas o Luxemburgo considera aqueles rendimentos tributáveis. Nessa medida, entende que, não havendo qualquer “litígio” sobre a interpretação da CDT, o Luxemburgo não estaria obrigado a reconhecer a aplicação da isenção.

Não concordamos com esta posição. Primeiro, porque o facto de o Luxemburgo não ter feito reservas não significa que concorde com a sua aplicação retroativa. Para as CDTs já celebradas, é cronologicamente impossível que os novos Comentários façam parte do seu contexto como estabelece a CVDT¹⁰³. Segundo, porque a CDT LU-EUA data de 1996 (antes da aprovação do relatório).

Werner Haslehner¹⁰⁴ chama a atenção para o facto de o parágrafo 32.6 se referir a conflitos de interpretação e, no caso vertido estar em causa um conflito de qualificação¹⁰⁵.

Na esteira de Alberto Xavier¹⁰⁶ a interpretação tem em vista determinar o sentido da norma e a qualificação a aplicação da norma ao caso concreto. Por sistematicidade lógica, a interpretação ocorre num momento anterior ao da qualificação.

têm qualquer conexão à CDT anteriormente celebrada Cf. Lang & Brugger, 2008, p. 102; Lang, 2013, pp. 52-53.

¹⁰⁰ “Uma observação indica que um Estado não concorda com a interpretação dada no Comentário da OCDE sobre uma determinada provisão” (Lang & Brugger, 2008, p. 101). Tradução nossa. O que significa que o Estado demonstra estar de acordo com a redação do preceito, mas já não com a interpretação que dele é feita pelo Comité dos Assuntos Fiscais da OCDE.

¹⁰¹ Shaheen, 2017, pp. 342-343.

¹⁰² Cf. OECD, 1999.

¹⁰³ Artigo 31.º da CVDT.

¹⁰⁴ Cf. Haslehner, 2016.

¹⁰⁵ No “direito tributário internacional, o termo qualificação deve ser limitado aos problemas que surgem quando um tratado tributário usa termos provenientes do direito interno, especialmente quando esses termos têm um significado diferente nas leis internas de ambos os estados contratantes” (Vogel, 1986, p. 60). Tradução nossa.

¹⁰⁶ Cf. Xavier, 2017, pp. 159-162.

O que nos leva a concluir que, estando perante um conflito de qualificação (do EE) e não de interpretação, a orientação vertida no parágrafo 32.6 não poderia ser aqui utilizada¹⁰⁷.

Por fim, é importante sublinhar que as CDTs têm como finalidade principal evitar a dupla tributação. Só com a revisão de 2017 da CM OCDE se passaram a prever mecanismos específicos de prevenção e combate à dupla não tributação¹⁰⁸. Até então, considerava-se que o principal efeito das CDTs era o de restringir a aplicação do direito interno (conhecido como *efeito negativo dos tratados*¹⁰⁹).

4.2. Instrumentos jurídicos atuais e potencialmente aplicáveis ao caso

4.2.1. Resposta do BEPS – Ação 2 do Projeto BEPS

O *tax arbitrage*¹¹⁰ através do uso de assimetrias híbridas é um dos principais métodos de planeamento fiscal agressivo¹¹¹.

Reconhecendo o perigo que este fenómeno representa para os sistemas fiscais nacionais, a OCDE produziu uma série de recomendações (*soft law*)¹¹² no relatório final da Ação 2 do Projeto BEPS¹¹³.

No caso *sub judice*, estamos perante uma assimetria de EE híbrido e que resulta numa dupla não tributação alcançada através de uma isenção no Estado da entidade pagadora e uma não inclusão no Estado da entidade beneficiária.

A Parte II do relatório da Ação 2 centra-se nas CDTs e tenta que as mesmas não prejudiquem a aplicação das recomendações à legislação nacional da Parte I¹¹⁴. No que respeita a EE híbridos, o relatório afirma (expressamente) a importância das propostas contidas na Ação 6 do Projeto BEPS, recomendando, designadamente, a adoção de uma regra antiabuso¹¹⁵.

O relatório recomenda ainda que, na aplicação do artigo 23.º da CM OCDE, os Estados contratantes privilegiem a escolha do método do crédito do imposto em detrimento do método da isenção¹¹⁶. Por esta via, o contribuinte apenas poderia deduzir, no

¹⁰⁷ O que também foi considerado na decisão final da Comissão. Cf. Decisão Final 2018, § 116-121.

¹⁰⁸ Cuja aplicabilidade dependerá da sua introdução nas CDTs existentes.

¹⁰⁹ Cf. Raad, 2002, p. 337.

¹¹⁰ “‘tax arbitrage’ is the phenomenon emerging from transactions designed by taxpayers to take advantage of inconsistencies or disparities between tax systems, such as those relating to tax rates, income qualification or timing, aimed at either double non-taxation or tax deferral (...) There is no agreement among scholars that ‘tax arbitrage’ is a form of tax avoidance. Some scholars claim that tax arbitrage is simply a tax optimization tool and therefore does not have tax avoidance characteristics. Others classify tax arbitrage as tax avoidance because of the outcomes of double nontaxation or tax deferral. Depending on the context, either of the abovementioned viewpoints is correct and therefore a single definitive meaning for ‘tax arbitrage’ is, perhaps, inappropriate” (Kuzniacki et al., 2017, p. 3).

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Cf. Avi-Yonah & Xu, 2016, p. 31.

¹¹³ OECD, Action 2 Project BEPS, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, 2015 Final Report.

¹¹⁴ Ibid, p. 135.

¹¹⁵ Ibid, loc. cit.

¹¹⁶ Ibid, p. 146. Apesar de ter sido discutida a preferência pelo método de isenção pelos EM, chegou-se à conclusão de que este é o que “melhor se coaduna com os objetivos de competitividade dos sistemas fiscais nacionais e à simplicidade” (Navarro et al., 2016, p. 10). Tradução nossa.

Estado da residência, determinada quantia de imposto já paga no Estado da Fonte, geralmente, com o limite daquela que seria liquidada em território nacional¹¹⁷.

A aplicação deste método teria evitado a dupla não tributação. Já que, nestas circunstâncias, a *McD Europe* teria de apresentar à AT luxemburguesa provas de efetiva tributação nos EUA para poder beneficiar do crédito de imposto.

4.2.2. Resposta da Diretiva Antielisão

Em 2015, a UE adotou um conjunto de medidas que visam reforçar a luta contra a elisão fiscal¹¹⁸. De entre estas medidas encontra-se a DAE I, aplicável pelos EM desde 1 de janeiro de 2019¹¹⁹.

As regras aí estabelecidas, à semelhança das recomendações da Parte I da Ação 2 do Projeto BEPS, são regras primárias e defensivas. As primeiras destinam-se a ser aplicadas nas relações entre EMs, enquanto as segundas (de aplicação subsidiária) visam regular as relações entre EMs e P3º. Esta distinção de regras aplicáveis funde-se no facto de os P3ºs não se encontrarem, naturalmente, vinculados à adoção das cláusulas específicas anti-híbridos das Diretivas. Assim, as regras defensivas aplicam-se sempre que o P3º não neutralize os efeitos das assimetrias híbridas, assegurando a proteção dos sistemas fiscais nacionais (da UE).

Um problema adjacente tem que ver com o facto de os P3ºs poderem vir a adotar cláusulas específicas anti-híbridos distintas das recomendadas pela Ação 2 e seguidas pela UE na DAE. Basta pensarmos numa situação com um elemento híbrido que envolva mais do que uma jurisdição que aplique cláusulas específicas anti-híbridos diferentes. Se os Estados envolvidos arrogarem um direito a tributar por força destas cláusulas, podem gerar-se situações de dupla tributação. O que atenta contra o objetivo destas regras que é o de evitar a dupla não tributação.

Vejamos, agora, qual a solução que a DAE II¹²⁰ (aplicável pelos EM a partir de 1 de janeiro de 2020) estabelece para as situações em que está em causa um EE híbrido decorrente da aplicação de uma CDT.

Esta matéria foi desenvolvida na sequência de um relatório preparado pelo Grupo do Código de Conduta e apresentado ao Conselho Europeu sobre os EE híbridos nas

¹¹⁷ Cf. Larkings, 2001.

¹¹⁸ Conselho Europeu – Pacote Antielisão Fiscal. Este pacote tem por base as recomendações emitidas pela OCDE em 2015 e aprovadas pelos líderes do G20.

¹¹⁹ Diretiva (UE) 2016/1164, do Conselho, de 12.07.2016, que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno.

¹²⁰ Diretiva (UE) 2017/952, do Conselho, de 29.05.2017, que altera a Diretiva (UE) 2016/1164 no que respeita a assimetrias híbridas com países terceiros. De acordo com o preâmbulo da DAE II é necessário eliminar situações como “as assimetrias híbridas que resultem de diferenças na imputação de pagamentos efetuados a uma entidade híbrida ou a um estabelecimento estável, inclusive em resultado de pagamentos efetuados a estabelecimentos estáveis não tidos em conta”. No âmbito da DAE I encontramos uma regra geral aplicável aos EE híbridos no artigo 9.º. A DAE II, por seu turno, define as assimetrias híbridas no n.º 9 do artigo 2.º, e desenvolve-os em pormenor nos artigos 9.º a 9.º-B.

relações entre EM e P3^{os}¹²¹. Trata-se de um tema que envolve muita complexidade, a começar pela própria noção de EE¹²².

No caso de uma assimetria em matéria de EE híbridos entre mais do que um EM ou entre um EM e um P3^o que conduza a uma não tributação sem inclusão, o EM em que o contribuinte é residente deve incluir (e não isentar) os rendimentos atribuídos a esse EE¹²³. Contudo, esta regra não é aplicável aos casos em que um EM esteja obrigado a isentar o rendimento por força de uma CDT celebrada entre este e um P3^o. O que, do nosso ponto de vista, reafirma a prevalência e o respeito pelas CDTs.

Adicionalmente, no âmbito do Projeto BEPS, a Ação 3 previu um conjunto de recomendações relativas à implementação de regras antiabuso destinadas a impedir o desvio dos lucros para jurisdições de baixa ou nula tributação através de sociedades estrangeiras controladas (regras SEC). No contexto europeu, estas foram acolhidas na DAE I¹²⁴ e, em síntese, têm por efeito a retribuição à sociedade-mãe dos rendimentos alocados a uma entidade considerada “controlada” sujeita a baixa ou nula tributação.

Em concreto, estas regras têm uma enorme potencialidade no sucesso da luta contra o planeamento fiscal agressivo porque desvendam uma série de esquemas que possibilitam aos beneficiários efetivos a obtenção de rendimentos com um encargo mínimo de imposto¹²⁵.

Na aferição do enquadramento legal aplicável, há que considerar a origem e o tipo de rendimentos em causa. Concretizando, no presente caso, os *royalties* percecionados pelo EE localizado nos EUA poderiam ser incluídos na base tributável da *McD Europe*. Não obstante, a DAE I prevê uma exceção a esta regra (que pode ser afastada quando estejam em causa uma SEC localizada em P3^o) quando se verifique que a SEC exerce “uma atividade económica substantiva com recurso a pessoal, equipamento, ativos e instalações, comprovada por factos e circunstâncias relevantes”.

Atendendo ao caso em análise, é certo que um dos factos que determinam a não sujeição a imposto nos EUA é a falta de substância económica à luz da lei norte-americana. Considerando as informações prestadas pelo Luxemburgo no âmbito da investigação do caso McDonald’s¹²⁶, parece-nos relativamente acessível a comprovação da falta de substância económica do *US branch* tal como definida pela Diretiva e, por esta via, o Luxemburgo poderia considerar na base tributável os *royalties* pagos ao EE no EUA.

Em face do exposto, cremos que, no que concerne às regras sobre assimetrias híbridas, a DAE acaba por se traduzir numa solução menos ampla quando comparada com a Ação 2 do BEPS, porquanto contém limitações que decorrem do facto de não ser concebível a sua aplicação em relação aos P3^{os} (apesar do funcionamento das regras defensivas). O que se compreende, na medida em que a UE não pode vincular P3^{os}. Não obstante,

¹²¹ Code of Conduct Group (Business Taxation), Report to the Council of 11 June 2015, 9620/15 LIMITE, FISC 60, ECOFIN 443, Annex 1.

¹²² O que se deve às dificuldades que a globalização e a digitalização suscitaram nestas matérias. Cf. Skaar, 2000, pp. 188-194.

¹²³ Cf. artigo 9.º, n.º 5 da DAE II.

¹²⁴ Cf. artigos 7.º e 8.º.

¹²⁵ OECD, Action 3 Project BEPS, *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*, 2015 Final Report.

¹²⁶ Cf. Decisão Preliminar de 2015.

revela-se mais abrangente relativamente aos casos de assimetria híbrida que regula: a DAE prevê, além dos casos já enunciados na Ação 2, situações de isenção/não inclusão.

Atentos no caso *sub judice*, quando o Luxemburgo isenta os lucros imputáveis ao EE situado nos EUA, fá-lo por força da CDT LU-EUA. Como tal, em situações com este perfil a DAE II não consegue solucionar a assimetria.

Relativamente às regras SEC, existe a possibilidade de mitigação de situações com este perfil. Não obstante, estando em causa uma não tributação gerada pela aplicação de uma CDT, e em concordância com os princípios básicos do Direito, sempre se colocaria a problemática da hierarquia das fontes.

4.2.3. Alteração ao artigo 1.º da CM OCDE¹²⁷

O artigo 1.º da CM OCDE estabelece o âmbito de aplicação subjetiva, por aplicação do critério da residência¹²⁸.

Nem todas as sociedades se qualificam para efeitos de aplicação de uma CDT. Isto acontece, p. ex., relativamente a sociedades em regime de transparência fiscal porquanto a responsabilidade tributária não incide sobre a sociedade localizada nesse Estado, mas antes sobre os sócios. Neste sentido, a sociedade não é um residente desse Estado para fins da Convenção¹²⁹.

A determinação do estatuto de residência fiscal revela-se particularmente difícil em relação a entidades cuja caracterização fiscal difere em cada um dos Estados contratantes. Por essa razão, também na sequência do relatório final da Ação 2 do BEPS, a OCDE introduziu, em 2017, um novo n.º 2 ao artigo 1.º da CM OCDE¹³⁰, cujo texto é reproduzido no n.º 1 do artigo 3.º do IM¹³¹.

Este aditamento veio estabelecer que, os rendimentos obtidos através de sociedades total ou parcialmente transparentes¹³² à luz da lei fiscal dos Estados contratantes são considerados como rendimentos de um residente desses Estados¹³³. Garantindo, por um lado, que “os benefícios da CDT são concedidos nos casos apropriados”¹³⁴ e, por outro, que não sejam concedidos nas hipóteses em que “nenhum dos Estados contratantes trata, nos termos da sua lei interna, o rendimento de uma entidade como se fosse

¹²⁷ Alteração aprovada como parte do trabalho das medidas do Projeto BEPS destinadas às CDTs.

¹²⁸ Para efeitos de aplicação da CDT (segundo a CM OCDE) é residente quem o for nos termos do direito interno do Estado contratante. Cf. Artigo 4.º da CM OCDE. A própria CDT não estabelece uma noção independente de residência

¹²⁹ Cf. Vann, 2009, p. 203.

¹³⁰ “2. For the purposes of this Convention, income derived by or through an entity or arrangement that is treated as wholly or partly fiscally transparent under the tax law of either Contracting State shall be considered to be income of a resident of a Contracting State but only to the extent that the income is treated, for purposes of taxation by that State, as the income of a resident of that State.”

¹³¹ Cf. OECD, Action 15 Project BEPS, Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, 2015 Final Report.

¹³² “total ou parcialmente transparentes” porquanto, tal como identifica Philip Baker, existem quatro tipos de entidades transparentes (Baker, 2002).

¹³³ O efeito desta previsão é o de que “os direitos de tributação sobre rendimentos auferidos por ou através de uma sociedade ou acordo transparente (ambos os termos indefinidos) serão alocados entre os Estados contratantes de acordo com o tratado tributário, mesmo que esse rendimento seja tributado como rendimento de outra pessoa residente num Estado contratante” (Sanghavi, 2017, p. 358). Tradução nossa.

¹³⁴ Comentários ao artigo 1.º da CM OCDE na redação de 2017; § 5. Tradução nossa.

residente”¹³⁵. Reconhecendo, para tanto, a necessidade do recurso aos instrumentos de troca de informação entre as administrações fiscais¹³⁶.

Esta norma visa, portanto, uma modalidade específica de assimetrias híbridas: as entidades híbridas¹³⁷. No fundo, a solução apresentada traduz-se numa tentativa de evitar o aproveitamento da qualificação fiscal que é dada às entidades pelos diferentes Estados, porquanto, quer estejamos perante uma sociedade opaca ou transparente, será sempre considerada, para efeitos da Convenção, como residente nesse Estado¹³⁸. Parece-nos que esta norma revela a nova tendência de primazia da tributação no EF (um dos pilares do Projeto BEPS).

Tendo apenas por objeto entidades híbridas, esta norma não resolve a questão dos EE híbridos, apesar de ter sido identificado este problema no relatório¹³⁹. Como tal, deixa de ter interesse no caso sobre o qual nos debruçamos.

4.2.4. Instrumento multilateral

O IM (em vigor desde 1 de julho de 2018) constitui o primeiro tratado multilateral tributário (atualmente com 94 Estados signatários, incluindo Portugal), adotado na sequência da Ação 15¹⁴⁰ do BEPS com o objetivo de permitir uma modificação rápida e coordenada¹⁴¹ das CDTs existentes, de modo a adaptá-las às recomendações resultantes do Projeto BEPS e projetados na atual redação da CM OCDE.

A sua aplicação depende, essencialmente, de duas condições: (i) a CDT em causa estar abrangida pela aplicação do IM (“*covered tax agreements*”) e (ii) os Estados optarem pela sua aplicação (“*opt-in*”).¹⁴²

A parte II do IM estabelece um quadro específico de medidas relativas às assimetrias híbridas, no qual importa destacar as opções alternativas previstas no seu artigo 5.º destinadas a resolver os problemas que resultam da aplicação do método da isenção previsto numa CDT aos rendimentos que não são tributados no Estado da fonte.

Com relevância para o caso, atentamos às Opções A e C do referido artigo. A Opção A prevê uma inversão da isenção pelo Estado da residência quando o Estado da fonte não tributa o rendimento que lhe seja imputável ou lhe aplique uma taxa de imposto reduzida. Já a Opção C prevê a aplicação do método do crédito de imposto em substituição do método da isenção.

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ Com as dificuldades que são comumente apontadas. Cf. Oliveira, 2012.

¹³⁷ Cf. Sanghavi, 2017, p. 358.

¹³⁸ Para mais desenvolvimentos cf. Nikolakakis et al., 2017, pp. 295-373.

¹³⁹ § 37. “[O] Comité mostrou-se preocupado com os casos em que à luz das leis fiscais nacionais uma mesma sociedade é tratada, por um lado, como uma unidade tributável e, por outro, como uma entidade desconsiderada para fins fiscais”. Cf. Ponto 3 dos Comentários ao n.º 2 do artigo 1.º da CM OCDE na redação de 2017. Tradução nossa.

¹⁴⁰ Cf. OECD, Action 15 Project BEPS, Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, 2015 Final Report.

¹⁴¹ Cf. Avi-Yonah & Xu, 2016, p. 48.

¹⁴² “[This] project has the potential of turning into the apex of a complex system of true multilateralism in international tax law, bringing legal pluralism in line with a worldwide coordination in the exercise of taxing sovereignties across national borders” (Pistone, 2014, p. 9).

Num caso como o *McDonald's*, se a CDT fosse uma das abrangidas pelo IM e o Luxemburgo optasse por uma das alternativas aqui referidas¹⁴³, os lucros imputáveis ao *US Branch* passariam a ser tributáveis no Luxemburgo.

5. Ponderação da aplicação de uma cláusula geral antiabuso ao caso

Neste segmento analisaremos a possibilidade de aplicação de uma CGAA ao caso¹⁴⁴.

5.1. Cláusula geral antiabuso prevista na DAE I

O artigo 6.º da DAE I prevê uma CGAA com uma formulação relativamente simples. A mesma apenas deve ser aplicada a arranjos que não sejam genuínos. Disto resulta que, se deve syndicar qualquer atividade não genuína, reconhecendo ao contribuinte o direito de escolher a estrutura mais eficiente para prosseguir a sua atividade. Assim, ao avaliar se aquela operação ou estrutura é ou não genuína, os EMs devem considerar todas as “razões económicas válidas”, incluindo as que resultam de atividades financeiras.

Não obstante, a questão que aqui nos interessa analisar é a de saber se a aplicação da CGAA da DAE I pode abranger também as CDTs celebradas pelos EM, sobretudo quando a contraparte é um P3º. Atualmente, a CE presume que a DAE I apenas abrange as leis nacionais, não se estendendo às CDTs¹⁴⁵. Como tal, nestas circunstâncias, os EM não estão obrigados a aplicar esta CGAA.

Via de regra, as CGAA visam anular os efeitos fiscais dos negócios jurídicos celebrados com o principal intuito de eliminar ou atenuar o encargo tributário do sujeito passivo, através da manipulação fraudulenta de formas legais¹⁴⁶. Contudo, cremos que as assimetrias híbridas não se confundem com uma “manipulação fraudulenta de formas legais”. Traduzem-se, antes, no aproveitamento do tratamento legal conferido pelos ordenamentos jurídico-tributários que têm como resultado eliminar ou atenuar o encargo tributário. Coisa diferente será quando esse aproveitamento resulta de operações não genuínas¹⁴⁷. A própria letra do artigo 6.º da DAE I parece indiciar isso mesmo.

A este respeito, importa assinalar ainda que, em 18 de dezembro de 2018, o Parlamento Luxemburguês aprovou a proposta de lei¹⁴⁸ com vista à transposição da DAE I¹⁴⁹ pela Lei do Orçamento do Estado para 2019. De entre as disposições aí contidas, foram

¹⁴³ Importa destacar que a opção escolhida por cada jurisdição contratante (relativamente a esta norma em particular) é aplicável em relação aos seus próprios residentes, independentemente das opções efetuadas pelas contrapartes correspondentes.

¹⁴⁴ É possível, dentro de determinados pressupostos e sempre numa perspetiva de “*ultima ratio*” (Duff, 2008, p. 203).

¹⁴⁵ Cf. Duff, 2008, p. 203.

¹⁴⁶ Cf. Sanches, 2007, p. 159.

¹⁴⁷ “a Diretiva optou pelo conceito positivo de genuinidade, talvez pelo facto de a artificialidade ser mais difícil de demonstrar” (Dourado, 2017, p. 131).

¹⁴⁸ Projeto de Lei n.º 7318, de 19 de junho de 2018.

¹⁴⁹ Cf. PWC Flash News, 2018.

aprovadas alterações ao § 6 da StAnpG por forma a alinhar a redação da anterior CGAA¹⁵⁰ com a CGAA prevista na Diretiva.

Com efeito, até 2018, a CGAA luxemburguesa tratava-se de uma disposição geral de “abuso de direito” que consagrava o princípio da prevalência da “substância sobre a forma”¹⁵¹. Considerando a redação da nova CGAA, podemos afirmar que se mantêm os principais elementos da anterior, tornando-se mais claro (dentro da subjetividade adjacente) o conceito de genuinidade.

Não obstante, cumpre salientar que a CGAA constitui uma “válvula de escape” do sistema fiscal para evitar que os sujeitos passivos, seguindo a letra da lei, acabem por violar a teleologia da própria norma e, em último reduto, do próprio sistema. Acontece que, no caso dos híbridos, estamos perante a aplicação de normas provenientes de dois ou mais sistemas fiscais distintos sobre a mesma realidade. Não há um abuso de um sistema. Trata-se de uma questão supranacional à qual as CGAAs domésticas não podem dar resposta (ainda que resultem da transposição da DAE quando em causa seja afetado um P3^o).

Neste sentido, e partindo do pressuposto que o EE tem substância económica, situações como a do caso *McDonald’s* não podem ser dirimidas a partir de uma CGAA nacional.

5.2. Cláusula geral antiabuso prevista na CM OCDE

Em 2003 os Comentários à CM OCDE sofreram significativas alterações. A OCDE clarificou a relação entre as CDTs e as normas antiabuso previstas nas legislações internas dos Estados contratantes¹⁵². Por outro lado, afirmou-se, clara e expressamente que, o objetivo das CDTs é também o de combater a evasão fiscal¹⁵³.

Sucedem, porém, que emergiu uma série de questões relativamente à compatibilidade das normas antiabuso nacionais com a aplicação dos Tratados¹⁵⁴.

De um modo sintético, a deteção do abuso ocorria sempre que se encontrassem preenchidas duas condições: (i) obtenção de benefícios decorrentes da aplicação da CDT e (ii) que esses benefícios fossem contrários ao objeto e propósito da mesma¹⁵⁵.

Certo é que, num contexto transfronteiriço, a eficácia deste sistema era reduzida, em virtude da dificuldade por parte das administrações fiscais em obter informações do outro Estado contratante. Mais recentemente, com a melhoria dos dispositivos conven-

¹⁵⁰ § 5 StAnpG “Fictitious transactions or other fictitious actions (for example the establishment or the maintenance of a fictitious residency) are of no significance for taxation purposes. In case a fictitious transaction covers another legal transaction, then the legal transaction is decisive for the taxation”; § 6 StAnpG “the tax burden cannot be circumvented or reduced through the misuse of forms and institutions of private law”. Tradução nossa.

¹⁵¹ “The Luxembourg tax system does not recognise the principle of abusive tax avoidance, but instead provides definitions for simulation and abuse of tax law. The Luxembourg general anti-avoidance rule is contained in sections 5 and 6 of the Luxembourg Adaptation Law (StAnpG)” (Thomson Reuters, 2017); *Confédération Fiscale Européenne*, 2016, p. 10.

¹⁵² Nomeadamente nos § 19 e segs. da Introdução aos Comentários à CM OCDE.

¹⁵³ Cf. § 7 dos Comentários ao artigo 1.º da CM OCDE (redação 2003).

¹⁵⁴ Para mais desenvolvimentos cf. De Broe, 2008; Arnold & Weeghel, 2006, p. 91, apud Vleggert, 2010.

¹⁵⁵ *Ibid.*

cionais relativos à assistência mútua e com a proliferação de instrumentos neste sentido, estes problemas deixaram de ter a mesma premência¹⁵⁶.

Com a última alteração à CM OCDE (2017), introduzem-se várias das recomendações apresentadas em 2015 como resultado do Projeto BEPS. Aditou-se o artigo 29.º (“direito aos benefícios”), o qual tem em vista incorporar o *standard* mínimo da Ação 6 do Projeto BEPS para eliminar a dupla tributação sem criar oportunidades de dupla não tributação ou de redução do imposto a pagar.

Este novo artigo inclui (i) uma regra de limitação de benefícios inspirada na *US Model Income Tax Convention* (LOB) subdividida em duas opções: uma simplificada e outra detalhada, (ii) uma regra antiabuso para EE situados em P3ºs e (iii) um teste de finalidade principal (PPT)¹⁵⁷.

O preceito contém assim duas partes: uma primeira que estabelece que os benefícios da convenção só devem ser considerados se preenchidos os requisitos estabelecidos pelos Estados (a LOB)¹⁵⁸. A segunda parte¹⁵⁹ contém uma cláusula geral antiabuso que determina que os benefícios da CDT não serão concedidos quando o objetivo principal de uma transação ou estrutura é a obtenção de vantagens fiscais (o PPT)¹⁶⁰. O PPT acaba por se traduzir no reconhecimento da doutrina da “fraude à lei”¹⁶¹ no âmbito das Convenções¹⁶².

De qualquer modo, a aplicação prática das novas disposições incluídas na CM OCDE dependerá da forma como os Estados contratantes decidirão implementar “o padrão mínimo” do BEPS. Poderão optar entre a introdução de ambas as cláusulas ou de apenas uma delas. E, com isso, sempre cumprirão esse *standard* mínimo.

Através da aplicação do PPT ao caso em exame, o Luxemburgo poderia ter negado os efeitos da CDT (*in casu*, a isenção conferida aos lucros atribuídos ao EE norte-americano). O problema é que, ainda assim, seria necessário que esta cláusula tivesse sido introduzida na CDT LU-EUA à data dos factos. Caso a mesma seja introduzida no futuro, situações de dupla não tributação com o perfil do caso *McDonald’s*, poderão ser evitadas¹⁶³. Porquanto, deste modo, as administrações fiscais terão um instrumento próprio para sindicar uma situação que possa indiciar artificialidade¹⁶⁴.

¹⁵⁶ Baker, 2013, p. 17.

¹⁵⁷ OECD, Action 6 Project BEPS, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, 2015 Final Report, p. 9.

¹⁵⁸ A proposta contém a própria definição de “residentes qualificados”, aos quais deverão ser reconhecidos os benefícios do Tratado e, ainda, uma série de testes alternativos que admitem que outros residentes (que não os considerados como “qualificados”) possam também ser abrangidos pelos benefícios. A formulação da norma admite, portanto, uma série de testes que pode ser adaptada pelos Estados.

¹⁵⁹ O n.º 9.

¹⁶⁰ O PPT foi também incluído nas disposições do IM com o mesmo conteúdo desenvolvido na Ação 6. Cf. Weber, 2017. Encontramos um estudo desenvolvido sobre a aplicação deste teste em Kuźniacki, 2018, pp. 233-294.

¹⁶¹ Cf. Sanches, 2006, pp. 97 e ss.

¹⁶² Cf. Kok, 2016, p. 412.

¹⁶³ O Luxemburgo assinou o IM optando pela aplicação do PPT. Decidiu incluir todos os tratados fiscais atualmente em vigor (81 tratados). No entanto, esta decisão não significa que todos estes tratados fiscais tenham sido alterados pelo IM. Desde logo, porque algumas das jurisdições com as quais o Luxemburgo tem um tratado não o assinaram e atualmente também não o pretendem fazer: é o caso de 25 Estados, incluindo, os EUA. Cf. Rinnnsland & Lobo, 2015, pp. 104-105.

¹⁶⁴ Cf. Lang, 2014, p. 663.

Mas vejamos agora, o que aconteceria se se decidisse implementar o padrão mínimo da Ação 6 através da LOB.

A proposta aí apresentada começa por estabelecer que os benefícios de uma CDT deverão ser recusados às “pessoas não qualificadas para efeitos da mesma”¹⁶⁵. Sendo as “pessoas qualificadas” as que preenchem as condições da disposição seguinte. Não obstante, se um residente não cumprir tais condições, pode ainda ter acesso aos benefícios do tratado sob os parágrafos 3, 4 ou 5¹⁶⁶.

O que se pretende com a LOB é garantir que se reconheça a aplicação das CDTs apenas a situações que se coadunam com os princípios e finalidades destas. Isto é, aos casos em que temos um sujeito passivo que é residente para efeitos da Convenção e que desenvolve, genuinamente, a sua atividade empresarial. Isto é, exige-se que exista umnexo de ligação suficiente entre aquele sujeito e o Estado da residência¹⁶⁷ (já que os benefícios são reconhecidos por este).

No caso *sub judice*, a adoção deste tipo de regras podia acabar por não resolver o problema. Desde logo, porque tratando-se de uma cláusula específica anti-híbridos seria necessário que esta previsse o não reconhecimento dos benefícios quando o conceito de EE no direito interno não coincidissem com o conceito de EE previsto na CDT. O que não faz qualquer sentido¹⁶⁸. Exceto se, especialmente negociada entre o Luxemburgo e os EUA como forma de resolver definitivamente esta assimetria.

6. Apreciação global

6.1. Auxílio de Estado ou planeamento fiscal?

Na nossa perspetiva faltou um pressuposto essencial no tratamento deste caso que afastaria de imediato a aplicação do regime dos AE. Referimo-nos, pois, à identificação da natureza do próprio problema.

É evidente que o problema reside na existência de uma “falha” legislativa¹⁶⁹ em virtude da falta de harmonização fiscal internacional e não no tratamento discriminatório ou seletivo de determinadas sociedades em detrimento de outras numa situação jurídico factual comparável. O mesmo tratamento fiscal sempre seria concedido a qualquer sociedade nas mesmas circunstâncias em que se encontrava a *McDonald's*¹⁷⁰, porquanto o Luxemburgo limitou-se a reconhecer a aplicabilidade da CDT.

Por esta razão, entendemos que a questão da mera existência do *ruling* acaba por ser secundária, esvaziando o objeto sobre o qual o procedimento formal de investigação foi ativado. A CE deveria ter incidido sobre o seu conteúdo, verificando neste a existência de uma medida seletiva.

¹⁶⁵ Cf. Dourado, 2017, p. 80.

¹⁶⁶ Que preveem diferentes testes: de atividade, cláusula de benefícios derivados e cláusula de alívio discriminatório.

¹⁶⁷ Cf. Dourado, 2017, p. 81.

¹⁶⁸ Note-se que a função das CDTs é o de restringir o direito interno e não o de alterar em função dos objetivos da política fiscal internacional.

¹⁶⁹ “Allocating the franchise rights to the U.S. branch is meant to achieve a treaty-based exemption in Luxembourg without triggering U.S. taxation” (Shaheen, 2017, p. 334).

¹⁷⁰ “(with or without a tax ruling)” (O’Donnell & Hoor, 2016, p. 981).

De facto, os meios jurídico fiscais utilizados pela *McD Europe* correspondem a um planeamento fiscal muito sofisticado. Tão sofisticado que é capaz de se manter intacto às últimas alterações fiscais introduzidas ao nível internacional e europeu de combate à erosão fiscal e ao planeamento fiscal agressivo.

Com a perceção deste problema, ainda atual, urge a necessidade de se encontrar soluções. É que, apesar deste planeamento não ser mais utilizado pela *McDonald's*¹⁷¹, tornou-se de conhecimento público, o que pode levar a que outras entidades possam aproveitar-se do mesmo.

6.2. Hipóteses de solução

Num caso de planeamento fiscal (agressivo), seguir-se-iam as habituais questões de índole dogmática que tanto podem justificar a legitimidade deste planeamento como apurar a sua moralidade. Da nossa parte, entendemos que este tipo de casos geram uma injustiça tributária e colocam em causa a única razão que legitima a tributação¹⁷². Embora não seja reconhecido normativamente a existência de um princípio comum a todos os sistemas fiscais de que o rendimento deve ser tributado pelo menos uma vez¹⁷³, não podemos aceitar que, em determinadas circunstâncias, ele não seja tributado de todo.

No âmbito da já referida proposta de lei com vista à transposição da DAE apresentada no Parlamento luxemburguês foi discutida a introdução de uma nova medida nesta matéria^{174 175}. Em concreto, uma alteração ao § 16 da *StAnpG* que consiste na adição de uma disposição relativa ao reconhecimento de EE estrangeiros¹⁷⁶. Esta determinava que, a definição de EE deveria ser interpretada apenas com base nos critérios estabelecidos pela própria CDT. Assim, “um sujeito passivo será considerado como tendo um EE no outro Estado Contratante se a atividade que é exercida nesse outro Estado constituir uma atividade independente e representar uma participação na vida económica geral”¹⁷⁷.

Para o efeito poderia solicitar-se ao sujeito passivo do Luxemburgo que apresentasse uma confirmação do reconhecimento da existência de um EE nesse outro Estado¹⁷⁸. Sendo que a mesma apenas deveria ser solicitada quando a CDT em causa não estabele-

¹⁷¹ Cf. *European Public Service Union*, 2018.

¹⁷² “Como fim legitimador da atividade financeira do Estado e como princípio estruturante para o ordenamento jurídico tributário teremos de convocar o princípio da repartição justa dos rendimentos e da riqueza, o que terá imediatas consequências no modo como os impostos devem ser distribuídos pelo universo de contribuintes”, i. e., a função redistributiva (Sanches, 2006, p. 46).

¹⁷³ Cf. *Avi-Yonah*, 2007, p. 5.

¹⁷⁴ Embora já tivessem sido discutidas em 2016, quando no decurso das negociações de um protocolo para alterar a CDT entre o Luxemburgo e os EUA, o governo luxemburguês apresentou um projeto de Lei precisamente com o objetivo de evitar casos emergentes da divergência relativa ao conceito de EE, tal como sucedeu no caso *McDonald's*. A medida proposta compreendia uma disposição que estabelecia que, quando uma sociedade de um Estado Contratante obtivesse rendimentos do outro Estado Contratante, e o primeiro Estado Contratante tratasse esses rendimentos como lucros atribuíveis a um EE situado fora desse Estado Contratante, os benefícios da CDT não se aplicariam àquele rendimento se se verificasse, nesse segundo Estado, uma tributação inferior entre 15 a 60% da taxa geral de imposto sobre as sociedades aplicável no primeiro Estado contratante. Contudo, tal proposta foi vetada pelo Conselho de Estado porquanto esta nova medida teria efeitos retroativos. Cf. *Hogan Lovells*, 2016.

¹⁷⁵ Esta nova medida foi aprovada pelo Parlamento luxemburguês e encontra-se atualmente em vigor.

¹⁷⁶ Novo § 5.

¹⁷⁷ Cf. *Ernest & Young*, 2018.

¹⁷⁸ P. ex., “uma declaração de imposto ou um certificado emitido pelas autoridades fiscais estrangeiras”. *Ibid.* Tradução nossa.

cesse uma disposição que autorizasse o Luxemburgo a tributar os rendimentos se o outro Estado aplicasse as disposições da CDT para os isentar (*i.e.*, uma provisão semelhante à da opção A do artigo 5.º do IM).

Não obstante, parece-nos que a introdução desta disposição seria sempre insuficiente na medida em que não resultasse de um posicionamento convergente para a sua aplicação. Pense-se, afinal, como é que o Luxemburgo justificaria uma alteração da interpretação da CDT com fundamento na sua lei doméstica?

Face ao exposto, e considerando o enquadramento jurídico fiscal aplicável (ou potencialmente aplicável) à situação em apreço, podemos elencar as seguintes soluções: (i) adesão concertada por parte dos Estados ao IM; (ii) atualização das convenções através da introdução de uma cláusula anti-híbridos que elimine o efeito desta assimetria ou (iii) atualização das convenções através da previsão da aplicação do método do crédito de imposto em detrimento do método da isenção.

Em nosso entender, a melhor forma de implementar as recomendações da Ação 2 do BEPS é através do IM. Este que é o primeiro tratado multilateral tributário, que permite às jurisdições a transposição dos resultados do Projeto BEPS para os tratados bilaterais existentes. Através do IM os Estados (que assim o pretenderem) podem alterar as CDTs atuais sem necessidade de passar por um processo de negociação em relação a cada uma das CDTs que tenham celebrado. Evitando, ao mesmo tempo, a adoção de medidas unilaterais que dificilmente terão uma aplicação prática, como é exemplo a da alteração ao artigo 16.º da StAnpG.

Ainda assim, o sucesso deste instrumento depende das opções que os Estados fizerem. A este respeito, importa desde logo referir que os EUA já comunicaram publicamente que não vão aderir ao IM¹⁷⁹, o que implica, necessariamente, a atualização das CDTs celebradas com este Estado.

7. Conclusões

I. O caso *McDonald's* é o primeiro caso sob investigação da Comissão relativamente a AE decorrentes de *tax rulings* concedidos a multinacionais que não tem por objeto preços de transferência. Acaba por ser um teste à capacidade de recurso a estas normas para combater expedientes de planeamento fiscal internacional com outro perfil.

II. O regime de AE, tal como configurado pelo TFUE, é capaz de abranger situações de natureza muito diversa. No entanto, e em nosso entender, não deve ser utilizado como uma “válvula de escape” para regular todas as situações de planeamento fiscal internacional (forçando assim uma subsunção das mesmas ao artigo 107.º do Tratado).

III. A interpretação que a Comissão Europeia tem vindo a fazer do regime de AE apresenta várias fragilidades quer quanto à subsunção de vários quadros fácticos ao conceito (complexo e dinâmico) de auxílio, quer quanto, aos efeitos jurídicos que decorrem da qualificação dos mesmos como auxílio ilegal.

IV. A utilização de esquemas de planeamento fiscal internacional que têm como resultado a dupla não tributação devem ser alvo de regulamentação cuidada por parte

¹⁷⁹ Cf. nota de rodapé n.º 163.

dos Estados. Em nosso entender, é esse o caminho que deve ser seguido. Na impossibilidade de harmonizar os sistemas fiscais, não devem ser as sociedades obrigadas a determinar a sua estrutura fiscal em termos de um ideal de justiça fiscal de contorno bastante indefinido.

V. Aos sujeitos passivos deve ser reconhecida a sua autonomia contratual e a liberdade de determinar a sua estrutura operativa.

VI. A complexificação do regime jurídico dos AE como consequência do alargamento do seu âmbito de aplicação a medidas de natureza fiscal, não acompanhada por um texto legal uniforme que esclarecesse os limites desse alargamento inviabiliza, em nosso entender, a sua eficácia e deteriora as finalidades para o qual foi idealizado, causando uma enorme insegurança jurídica.

VII. A mera concessão de um *ruling* não pode ser vista *prima facie* como uma medida seletiva (isto porque se destina, em concreto, a um só sujeito passivo). É necessário que o tratamento concedido derroge o sistema de referência sem justificação proporcional. Neste caso, o *ruling* não determinou qualquer tratamento preferencial porquanto se limitou a interpretar, da forma mais clássica e consensual, uma disposição convencional. O que, ademais, foi reconhecido na decisão final da Comissão.

VIII. Reconhecemos que, os *rulings* têm uma posição especial na interação entre a fiscalidade direta, os AE e o planeamento fiscal agressivo. Mas cremos que a Comissão tem tentado instrumentalizar o regime dos AE para combater situações além do seu escopo.

IX. É essencial e urgente a criação de mecanismos de combate a expedientes de planeamento fiscal “agressivo”, algo que tem vindo a ser feito quer por parte da UE como pela OCDE. Contudo, dada a complexidade de certos esquemas urge também proceder a uma clarificação concetual e o desenvolvimento de uma lógica coesa do direito tributário internacional.

X. As medidas propostas nas ações do Projeto BEPS procuraram dar respostas a muitos problemas. Contudo, não conseguiram lidar com todos os casos de erosão da base e de transferência de lucros. Por outro lado, os relatórios finais contêm apenas recomendações, as quais, por definição, não são vinculativas.

XI. Ao examinar o caso *sub judice* concluímos que os mecanismos jurídicos existentes à data dos factos não permitiam um combate eficaz à situação de dupla não tributação. Na Decisão Preliminar de 2015 a Comissão invocou o § 36.2 dos Comentários da CM OCDE. Entendemos, desde logo, que este argumento não devia proceder. Primeiro, porque os Comentários além de servirem como forma suplementar de interpretação (artigos 31.º a 33.º da CVDT), não são vinculativos. Depois, porque é discutível qual a interpretação a ser adotada em relação aos Comentários – dinâmica ou estática. Neste caso, cremos que o mais razoável é a defesa de uma interpretação estritamente estática dado tratar-se de uma modificação substancial da orientação dos Comentários, face aos que vigoravam à data da celebração da CDT.

XIII. Num segundo momento, abordamos as recomendações da Ação 2 do BEPS, Diretiva Antielisão, e as regras da OCDE na sua versão mais recente, bem como as cons-

tantes do IM. Concluimos que, as regras SEC e o IM dispõem de um quadro específico de regras antiabuso passível de aplicação ao caso. Ainda assim, as regras SEC podem revelar algumas fragilidades na sua aplicação, uma vez que se encontram posicionadas num nível inferior quando confrontadas por uma CDT. No caso do IM, apesar de se tratar de um excelente mecanismo por operar a um nível multilateral, o seu carácter optativo pode não surtir os efeitos que se desejaríamos.

XIII. Prosseguimos a nossa análise, na tentativa de perceber um meio capaz de combater este tipo de planeamento. Assim, abrimos a hipótese de aplicação de uma CGAA. Uma cláusula doméstica não seria capaz de lidar com as assimetrias supra estatais. Já a cláusula constante do artigo 29.º da CM OCDE (na redação de 2017) seria suscetível de aplicação (se introduzida na CDT aplicável ao caso).

XIV. Em nosso entender, as cláusulas gerais antiabuso – nacionais, de direito europeu e convencional – comportam dificuldades na sua aplicação. Não é clara a sua delimitação, nem mesmo relativamente às cláusulas específicas antiabuso. Isto causa uma enorme incerteza, quanto mais diferentes elas forem. O ideal seria a aplicação de uma única (ou idêntica) cláusula geral antiabuso quer para as operações transnacionais quer para as situações domésticas.

XV. No que concerne a situações híbridas, não identificámos uma situação de abuso propriamente dita. Por essa razão, somos da opinião que, tais assimetrias não devem ser combatidas através de normas antiabuso, mas através de regras de coordenação entre os Estados – cláusula específica anti-híbridos.

XVI. Com uma componente factual simples, o estudo deste caso levou-nos a um emaranhado de problemas que se subsumem na mesma pedra de toque: a importância das relações políticas entre os Estados. Não existirão resultados satisfatórios se não existir uma estreita coordenação entre estes, designadamente na implementação das medidas recomendadas pelo projeto BEPS.

Anexo I



Bibliografia

I. Livros e artigos

ANDRADE, F.R. (2002). Concorrência fiscal internacional na tributação dos lucros das empresas. *Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XLV, pp. 49-241.

BAKER, P. (2013). Improper use of tax treaties, tax avoidance and tax evasion. In Trepelkov, A., Tonino H. & and D. Halka, D. (eds.) *United Nations Handbook on selected issues in administration of double tax treaties for developing countries*, pp. 383-401. New York: United Nations.

BAKER, P. (2002). The application of the convention to partnerships, trusts and other, non-corporate entities. *GITC Review*, vol. II, no. 1, pp. 1-31.

BIONDI, A., EECKHOUT, P. & FLYNN, J. (eds.). (2004). *The law of state aid in European Union*. Oxford: Oxford University Press.

COURINHA, G. (2009). Da tributação do software nas convenções de dupla tributação celebrados por Portugal, à luz das alterações de 2008 aos comentários da Convenção Modelo da OCDE. *Revista Fiscalidade*, n.º 37.

DE BROE, L. (2008). Application of domestic anti-avoidance rules to tax treaties: Position of OECD and analysis of case law. *International Tax Planning and Prevention of Abuse*, vol. 14, pp. 377-459.

DOUMA, S. (2017). BEPS and European Union law. *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol 102a, Sdu: The Hague, pp. 65-95.

DOURADO, A.P. (2017), *Governança fiscal global*, 1.^a Edição. Coimbra: Almedina.

DUFF, D.G. (2008), Relationships, boundaries, and corporate taxation: Compliance and avoidance in an era of globalization. In Freedman, J. (ed.). *Beyond boundaries: Developing approaches to tax avoidance and tax risk management*, pp. 197-205. Oxford: Oxford University Centre for Business Taxation.

FRIEDERISZICK, H.W., RÖLLER, L.H. & VEROUDEN, V. (2007). European state aid control: An economic framework. In Buccirosi, P. (ed.) *Handbook of antitrust economics*, pp. 625-671. Cambridge: MIT Press.

KOK, R. (2016). The principal purpose test in tax treaties under BEPS 6. *Intertax*, vol. 44, no. 5, pp. 406-412.

KUZNIACKI, B., et al. (edit.). (2017). Preventing tax arbitrage via hybrid mismatches: BEPS Action 2 and developing countries. *WU International Taxation Research Paper Series*, no. 03.

KUZNIACKI, B. (2018). The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring challenges arising from its legal implementation and practical application. *World Tax Journal*, vol. 10, no 2.

LANG, M. & BRUGGER F. (2008). The role of the OECD Commentary in tax treaty interpretation. *Australian Tax Forum*, no. 23.

LANG, M. (2009). 2008 OECD Model: Conflicts of qualification and double non-taxation. *Bulletin for International Taxation*, vol. 63, no. 5.

LANG, M. (2013). *Introduction to the Law of Double Taxation Conventions*, 2nd Edition. IBFD and Linde.

LANG, M. (2014). BEPS Action 6: Introducing an antiabuse rule in tax treaties. *Tax Notes International*, vol. 74, no. 7, pp. 655-664.

LUJA, R. (2015). EU state aid law and national tax rulings, In-depth analysis for the TAXE special committee. *Directorate General for International Policies, Policy Department A: Economic and Scientific Policy*.

MASON, R. (2017a). Tax rulings as state aid FAQ. *Tax Notes International*, vol. 154, pp. 451-462.

MASON, R. (2017b). “Tax rulings as state aid – Part 4: Whose arm’s length standard? *Tax Notes International*, vol. 155, no 7, pp. 947-966.

MICHEAU, C. (2014). Tax selectivity in European law of state aid: Legal assessment and alternative approaches. *University of Luxembourg Law*, Working Paper no. 2014-06.

NAVARRO, A., PARADA, L. & SCHWARZ, P. (2016). The proposal for an EU-Anti Avoidance Directive: Some preliminary thoughts. *EC Tax Review*, vol. 25, no. 3, pp. 117-131.

NIKOLAKAKIS, A. et al. (2017). “Some reflections on the proposed revisions to the OECD model and commentaries, and on the multilateral instrument, with respect to fiscally transparent entities. *British Tax Review*, no. 3, pp-295-373.

O’DONNELL, K. & HOOR, O.R. (2016). McDonald’s state aid investigation: What the European Commission got wrong. *Tax Notes International*, Special Report Ed., pp. 975-983.

OECD (1999). The application of the OECD model tax convention to partnerships. *Issues in International Taxation*, no 6.

OLIVEIRA, M. O. (2012). O intercâmbio de informação tributária. In *Teses de Doutorado*. Coimbra: Almedina.

PISTONE, P. (2014). Coordinating the action of regional and global players during the shift from bilateralism to multilateralism in international tax law. *World Tax Journal*, vol. 6, no. 1.

PORTO, M. & ALMEIDA, J.N. (2010). Controlo negativo, controlo positivo ou ambos? O sentido da legitimidade da europeização progressiva do controlo e da política dos auxílios de Estado. *Revista da Concorrência e Regulação*, n.º 3, pp. 173-207.

RIBEIRO, J.S. (2006). Notas ao conceito de estabelecimento estável na Convenção Modelo da OCDE. *Scientia Iuridica*, Tomo LV, n.º 305.

RINNSLAND, R. G. & LOBO, K. (2015). US-based pushback on BEPS. *Intertax*, vol. 43, no. 1, pp. 96-105.

SANCHES, J.L.S. (2006). *Os limites do planeamento fiscal - Substância e forma no direito fiscal português, comunitário e internacional*. Coimbra: Coimbra Editora.

SANCHES, J.L.S. (2007). *Manual de direito fiscal*, 3.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

SANGHAVI, D. (2017). BEPS hybrid entities proposal: A slippery slope, especially for developing countries. *Tax Notes International*, vol. 85, no 4, pp. 357-362.

SANTOS, A.C. (2003). *Auxílios de estado e fiscalidade*. Coimbra: Almedina.

SHAHEEN, F. (2017). Tax treaty aspects of the McDonald’s state aid investigation. *Tax Notes International*, vol. 86, no 4, pp. 331-347.

SHÖN, W. (1999). Taxation and state aid law in the European Union. *Common Market Law Review*, no 36, pp. 911-936.

SHÖN, W. (2015). Tax legislation and the notion of fiscal aid – A review of five years of European jurisprudence. *Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance* no. 2015-14.

SKAAR, A.A. (2000). Erosion of the concept of permanent establishment: Electronic commerce. *Intertax*, vol. 28, no. 5, pp. 188-194.

VANN, R. (2009). “Liable to tax” and company residence under tax treaties. In Maisto, G. (ed.). *Residence of companies under tax treaties and EC law. EC and International Tax Law Series*, vol. 5, pp. 197-271. The Netherlands: IBFD.

VERHAGEN, H. (2017). State aid and tax rulings – An assessment of the selectivity criterion of article 107(1) of the TFEU in relation to recent Commission transfer pricing decisions. *European Taxation*, vol. 57, no. 7, pp. 279-287.

VOGEL, K. (1986). Double tax treaties and their interpretation. *International Tax & Business Lawyer*, vol. 4.

WEBER, D. (2017). The reasonableness test of the principal purpose test rule in OECD BEPS Action 6 (tax treaty abuse) versus the EU principle of legal certainty and the EU abuse of law case law. *Erasmus Law Review*, vol. 10, no. 1, p. 48-59.

XAVIER, A. (2017). *Direito tributário internacional*, 2.^a Edição. Coimbra: Almedina.

II. Dissertações

ALMEIDA, R.D. (2016). *Um sistema de rulings para Portugal? Estado atual e propostas para o futuro*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Direito Fiscal na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa.

OLIVEIRA, M.J.M. (2014). *Harmonização fiscal da tributação direta – Royalties*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Finanças e Fiscalidade na Faculdade de Economia da Universidade do Porto.

III. Documentos de organizações internacionais

Comissão Europeia, Comunicação da Comissão sobre a aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas que respeitam à fiscalidade direta das empresas, de 10 de dezembro de 1998 (98/C 384/03).

--, Comunicação da Comissão sobre as orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previstos nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, de 27 de abril de 2004 (2004/C 101/07).

--, Comunicado de Imprensa, de 21 de outubro de 2015, AE: a Comissão conclui que as vantagens fiscais seletivas concedidas à Fiat no Luxemburgo e à Starbucks nos Países Baixos são ilegais nos termos das regras da UE sobre auxílios estatais (IP/15/5880).

--, Comunicado de imprensa, de 3 de dezembro de 2015, AE: a Comissão dá início à investigação formal sobre o tratamento fiscal da McDonald's no Luxemburgo (IP/15/6221).

--, Comunicado de imprensa, de 11 de janeiro de 2016, AE: a Comissão considera ilegal o regime fiscal belga relativo a «lucros excedentários»; 35 empresas multinacionais deverão reembolsar cerca de 700 milhões de euros (IP/15/4080).

--, Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do artigo 107.º, n.º 1, do TFUE, de 19 de junho de 2016.

--, Comunicado de imprensa, de 30 de agosto de 2016, AE: Irlanda concedeu vantagens fiscais ilegais à Apple que podem atingir 13 mil milhões de EUR (IP/16/2923).

--, Comunicado de imprensa, de 4 de outubro de 2017, AE: Comissão considera que o Luxemburgo concedeu à Amazon vantagens fiscais ilegais no valor de aproximadamente 250 milhões de EUR (IP/17/3701).

--, Comunicado de imprensa, de 20 de junho de 2018, AE: a Comissão considera que o Luxemburgo concedeu benefícios fiscais ilegais à Engie; tem de recuperar cerca de € 120 milhões (IP/18/4228).

--, Comunicado de imprensa, de 2 de abril de 2019, AE: a Comissão considera que parte do regime fiscal do Reino Unido concedeu vantagens fiscais ilegais a certas empresas multinacionais (IP/19/1948).

--, DG Competition, “Working Paper on State Aid and Tax Rulings”, Internal Working Paper, 3/June/2016.

--, Decisão da Comissão, de 19 de setembro de 2018, sobre os *tax rulings* concedidos pelo Luxemburgo à McDonald’s Europe, C(2018) 6076 final.

Conselho dos Assuntos Económicos e Financeiros (ECOFIN), Código de Conduta no domínio da fiscalidade das empresas, de 1 dezembro de 1997.

Conselho Europeu, Code of Conduct Group (Business Taxation), Report to the Council of 11 June 2015, 9620/15 LIMITE, FISC 60, ECOFIN 443, ANNEX 1.

OECD, Action 2 Project BEPS, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, 2015 Final Report.

--, Action 3 Project BEPS, Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, 2015 Final Report.

--, Action 6 Project BEPS, Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, 2015 Final Report.

--, Action 15 Project BEPS, Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, 2015 Final Report.

--, Model Tax Convention, Introduction to the Model Convention.

IV. Documentos eletrónicos e websites

AVI-YONAH, R. S. (2007, January). Tax competition, tax arbitrage and the international tax regime. Retirado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=955921.

AVI-YONAH, R. S. & XU H. (2016, January). Evaluating BEPS. Retirado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2716125.

BIONDI, A. & RIGHINI E. (edit). (2014). An evolutionary theory of EU state aid control, *Legal Studies Research Paper of King’s College London*. Retirado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2499579.

CONFÉDÉRATION FISCALE EUROPÉENNE (2016, February). CFE GAAR Survey: Anti-abuse and aggressive tax planning rules in European countries (2016 update). Retirado de <https://www.nob.net/cfe-gaar-survey-anti-abuse-and-aggressive-tax-planning-rules-european-countries-2016-update>.

EUROPEAN PUBLIC SERVICE UNION (2018). McDonald’s new menu: Less transparency, more tax havens. Retirado de

https://www.epsu.org/sites/default/files/article/files/Unhappier_Meal_FINAL.pdf

ERNST & YOUNG. (2018, June). Luxembourg publishes draft law implementing EU Anti-Tax Avoidance Directive, Global Tax Alert. Retirado de [https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Luxembourg_publishes_draft_law_implementing_EU_Anti-Tax_Avoidance_Directive/\\$FILE/2018G_03200-181Gbl_LU%20publishes%20draft%20law%20on%20EU%20Anti-Tax%20Avoidance%20Directive.pdf](https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Luxembourg_publishes_draft_law_implementing_EU_Anti-Tax_Avoidance_Directive/$FILE/2018G_03200-181Gbl_LU%20publishes%20draft%20law%20on%20EU%20Anti-Tax%20Avoidance%20Directive.pdf).

GOTTLIED C. (2016, June). Three years of EU state aid review of tax rulings: Taking stock. Retirado de <https://www.clearygottlieb.com/-/media/organize-archive/cgsh/files/publication-pdfs/alert-memos/three-years-of-eu-state-aid-review-of-tax-rulings-taking-stock.pdf>.

HASLEHNER W. (2016, June). The McDonald's state aid case – The EU Commission interprets a tax treaty, Kluwer International Tax Blog. Retirado de <http://kluwertaxblog.com/2016/06/22/the-mcdonalds-state-aid-case-the-eu-commission-interprets-a-tax-treaty/>.

HOGAN LOVELLS. (2016, June). US-Luxembourg Double Tax Treaty: What's new? Retirado de <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=a291f8e4-c491-420e-8797-fbae3d696709>.

INTERNAL REVENUE SERVICE. (2015, May). LB&I International Practice Service Concept Unit - Identification of a U.S. trade or business of a nonresident alien. Retirado de https://www.irs.gov/pub/irs-utl/USBCUP_14_1_01.pdf.

LARKINGS, E. R. (2001, June). Double tax relief for foreign income: A comparative study of advanced economies. *ATAX Discussion Paper Series* No. 4. Retirado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=623624.

LEGAL INFORMATION INSTITUTE. 26 CFR 1.355-3 - Active conduct of a trade or business. Retirado de <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/26/1.355-3>.

NETSER I. (2016, March). Taxation of foreign fund lending activities in the US. Retirado de <http://docplayer.net/43560788-Taxation-of-foreign-fund-lending-activities-in-the-us.html>.

PETROPOULOS, G. (2018, April). State aid and tax rulings: Clarifying the European Commission's approach. Retirado de https://www.bruegel.org/2018/04/state-aid-and-tax-rulings-clarifying-the-european-commissions-approach/#_ftn2.

PWC FLASH NEWS (2018, December). ATAD 1 - Luxembourg Parliament votes to approve transposition into Luxembourg's tax laws. Retirado de <https://www.pwc.lu/en/newsletter/2018/atad1-tax-laws.html>.

RAAD, K. V. (2002). Five fundamental rules in applying tax treaties. Retirado de https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5059793/mod_resource/content/0/Raad%2C%20Kees%20van%20-%20Five%20Fundamental.pdf.

SANTOS, A. C. (coord.). Jurisprudência sobre auxílios de Estado. CIDEEFF, Retirado de https://www.cideeff.pt/xms/files/04_PUBLICATIONS/Working_Papers/Grupo_III/Jurisprudencia_sobre_auxilios_de_Estado.pdf.

THOMSON REUTERS. (2017, April). Practical Law. Retirado de [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-637-7922?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-637-7922?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1).

VLEGGERT, J. (2010). Abuse of tax treaties: A discussion of recent court cases in various countries with opposite outcomes, conference paper. Retirado de <https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/37150/Vleggeert%20-%20Abuse%20of%20Tax%20Treaties%20-%20a%20Discussion%20of%20Recent%20Court%20Cases%20in%20Various%20Countries%20with%20Opposite%20Outcomes.pdf?sequence=1>.

V. Lista jurisprudencial

1974

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 2 de julho de 1974, 173/73, *Itália/Comissão*.

1977

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 22 de março de 1977, 78/76, *Steinike*.

1988

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 2 de fevereiro de 1988, 67, 68 e 70/85, *Van der Kooy BV*.

1993

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 17 de março de 1993, C-72/91 e C-73,91, *Sloman Neptun*.

1994

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 27 de abril de 1994, C-393/92, *Almelo*.

1995

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 14 de fevereiro de 1995, C-279/93, *Schumacker*.

1996

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 26 de setembro de 1996, C-241/94, *França/Comissão*.

1997

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 8 de novembro de 1997, C-28/97, *Technolease Philips-Rabobank*.

2000

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 29 de setembro de 2000, T-55/99, *CETM*.

2001

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de março de 2001, C-379/98, *Preussen Elektra*.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 8 de novembro de 2001, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*.

2002

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 16 de maio de 2002, C-482/99, *Stardust Marine*. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de junho de 2002, C-382/99, *Países Baixos/Comissão*.

2003

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 6 de março de 2003, T-228/99 e T-233/99, *Westdeutsche*.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 24 de julho de 2003, C-280/00, *Altemark*.

2005

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 15 de dezembro de 2005, C-66/02, *Itália/Comissão*.

2006

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 7 de junho de 2006, T-613/97, *UFEX*.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 23 de março de 2006, C-237/04, *Enrisorce*.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 6 de setembro de 2006, C-88/03, *Portugal/Comissão*.

2008

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 1 de julho de 2008, C-341/06 P e C-342/06 P, *Chronopost*.

2011

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 15 de novembro de 2011, C-106/09 P e C107/09 P, *Gibraltar*.

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 8 de setembro de 2011, C-78/08 a C-80/08, *Paint Graphos*.

2012

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 29 de março de 2012, C-417/10, *3M Itália Spa*.

2015

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 4 de junho de 2015, C-15/14 P, *Comissão/MOL*.

2016

Acórdão do Tribunal de Justiça, de 21 de dezembro de 2016, C-20/15 P e C-21/15 P, *World Duty Free Group*.

2018

Supreme Courte of the United States decision, June 21, 2018, n.º 17-494, *South Dakota vs. Wayfair Inc.*

Direito ao Esquecimento
– Um direito criado ex novum pelo Regulamento Geral
sobre a Proteção de Dados?

Gabriela Moreira Sá

Sob a orientação da
Professora Doutora Sofia Oliveira Pais

*“Cheerfulness, the good conscience,
the joyful deed, confidence in the future
– all of them depend [...] on one’s being
just as able to forget at the right time as
to remember.”*

Friedrich Nietzsche

Agradecimentos

Aos meus pais, pelo apoio diário, incondicional e desmedido.

Ao meu avô, pelo carinho, preocupação e por todos os ensinamentos.

À Sra. Prof. Dra. Sofia Oliveira Pais, pela orientação e disponibilidade demonstrada.

Resumo

A 25 de maio de 2016 entrou em vigor o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (doravante Regulamento) na União Europeia, Regulamento este que codifica um direito que tem sido objeto, por largos anos, de uma calorosa e controversa discussão na doutrina, jurisprudência e nos *media* – o Direito ao Esquecimento.

A presente dissertação pretende acompanhar a evolução deste direito desde os seus primórdios, que se encontram no ordenamento jurídico francês, passando pela Diretiva n.º 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, bem como pelo caso *Google Spain*, ao qual será dado especial enfoque, até ao novo Regulamento, por forma a determinar se aquele se trata de um direito criado *ex novum* ou se, pelo contrário, já se encontrava previsto em anterior legislação da União Europeia.

Será ainda realizada uma breve análise crítica deste direito, havendo, no nosso entender, aspetos que dificultam a implementação deste direito que merecem ser devidamente referidos.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento; proteção de dados pessoais; União Europeia.

Abstract

On May 25th, 2016, the General Regulation on Data Protection (hereafter Regulation) entered into force in the European Union, codifying a right that has long been the object of a heated and controversial discussion – the Right to be Forgotten.

This dissertation aims to follow the evolution of this right from its beginnings in the French legal order, through Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council and the *Google Spain* case, to which special focus will be given, to the new Regulation, in order to determine whether it is a right created *ex novum* or, on the contrary, this right was already foreseen in European Union law.

A brief critical analysis of this right will also be carried out, since there are aspects that make the implementation of this Law difficult to verify that deserve to be mentioned.

Keywords: Right to be forgotten; data protection; European Union.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
AEPD	Associação Espanhola de Proteção de Dados
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
Consult.	Consultado
CE	Comissão Europeia
Cfr.	Confronte
Ed.	Edição
Op. cit.	Obra citada
RGPD	Regulamento Geral de Proteção de Dados
P./pp.	Página/Páginas
Para./paras.	Parágrafo/Parágrafos
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJ	Tribunal de Justiça
UE	União Europeia
Vol.	Volume

Índice

Introdução	7
1. A nova era digital e a premência de um Direito ao Esquecimento	8
1.1. A <i>ratio legis</i> do Direito ao Esquecimento	10
2. Diretiva 95/46/CE – o primeiro passo na consagração do Direito ao Esquecimento?	12
3. Caso Google Spain – um caso de referência	14
3.1. O Caso C-131/12 do Tribunal de Justiça	14
3.2. A opinião do Advogado-Geral	15
3.3. Decisão do TJ sobre o Caso C-131/12	17
3.4. Críticas à decisão do Caso C-131/12	19
3.5. Efetivo Direito ao Esquecimento ou mero Direito à Desindexação?	23
4. O Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados Pessoais	25
4.1. A necessidade de reforma da legislação europeia em matéria de Proteção de Dados Pessoais	25
4.2. O artigo 17.º, do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados Pessoais	26
4.3. O artigo 17.º do Regulamento e o caso Google Spain – o que permanece?	27
4.4. Direito ao Esquecimento e suas exceções – o artigo 17.º, n.º 3	27
Conclusões	28
Referências bibliográficas	31

Introdução

I. Imaginemos que o senhor Orlando, um profissional com larga experiência profissional e com excelentes habilitações, se encontra de momento desempregado. Ao procurar um novo posto de trabalho, encontra um anúncio referente a uma vaga de emprego, preenchendo todos os requisitos que nesse anúncio são referidos. Dias depois de se candidatar, recebe uma chamada a convocá-lo para uma entrevista, à qual comparece no dia seguinte.

Decorrida a entrevista, o técnico de Recursos Humanos da empresa entende que Orlando é o candidato que deve preencher a vaga, mas, previamente à sua contratação, decide realizar uma pesquisa na *Internet* sobre o candidato. Nessa pesquisa, o técnico encontra uma fotografia publicada por um amigo de Orlando na qual este se encontra visivelmente alcoolizado e com uma garrafa de uma bebida alcoólica na mão. Após ter visualizado esta fotografia, o mesmo técnico entende que Orlando não deve ser selecionado, uma vez que considera ter agido de forma pouco profissional e receia que este coloque em causa a boa imagem da empresa.

A que meios de tutela poderá Orlando recorrer de modo a garantir que é o candidato selecionado e que a fotografia publicada que determinou o seu afastamento daquele processo de recrutamento se reporta a um momento da sua vida pessoal, que em nada se relaciona com a sua vida profissional? Poderá Orlando invocar um direito a ser esquecido por forma a que a referida fotografia seja retirada da *Internet*?

II. Num outro exemplo, imaginemos que Mário, um experiente advogado, ao realizar uma pesquisa pelo seu nome no motor de pesquisa *Google* se depara com duas notícias referentes ao ano de 1998, relacionadas com a venda em hasta pública de um imóvel de sua propriedade, para quitação de uma dívida junto da Segurança Social. Sucede que, no entretanto, a referida venda não se chegou a realizar, uma vez que Mário saldou a referida dívida.

Ora, face ao exposto, Mário pretende que as referidas notícias sejam retiradas da *Internet* por entender que prejudicam o seu bom nome e reputação profissional e considerar que são impertinentes na atualidade, porquanto a situação foi devidamente resolvida. Poderá o mesmo invocar um direito ao esquecimento para que as aludidas notícias sejam eliminadas¹?

III. Na presente dissertação, pretendemos contribuir para a resposta às questões colocadas, analisando os traços do regime jurídico do Direito ao Esquecimento, assim como o modo como este foi evoluindo de forma a tutelar as novas situações jurídicas que vão surgindo com o avançar do desenvolvimento tecnológico. Procuraremos avaliar se se trata de um direito criado *ex novum* pelo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados Pessoais² ou se, pelo contrário, este já se encontrava consagrado na legislação europeia.

¹ Esta factualidade subjaz ao litígio dirimido pelo Tribunal de Justiça no Ac. de 13 de maio de 2014, processo C-131/12 (Ac. *Google Spain SL, Google Inc. c. AEPD, Mario Costeja González*).

² Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses

É nossa pretensão ainda realizar uma análise crítica do mesmo, refletindo se um Direito ao Esquecimento é possível num contexto digital em que, uma vez publicada determinada informação, esta se torna permanente e facilmente acessível a qualquer sujeito³.

Impõe-se referir, como última nota, que a análise realizada ao longo do trabalho versará, exclusivamente, o ordenamento jurídico europeu, extravasando o âmbito da presente dissertação uma análise do Direito ao Esquecimento à luz do ordenamento jurídico português.

1. A nova era digital e a premência de um Direito ao Esquecimento

“The tendency to use the power of the computer to store and archive everything can lead to stultification in thinking, where one is afraid to act due to the weight of the past.”

(Bannon, 2006, p. 9)

Na era digital em que nos encontramos, uma imensurável parte dos nossos dados pessoais é transmitida e divulgada *online* a cada segundo que passa, através de inúmeros meios – seja através da partilha de fotografias e vídeos em redes sociais, seja através de mensagens de correio eletrónico, seja através do armazenamento de dados em sistemas *Cloud* –, incluindo-se, neste âmbito, tanto a informação publicada pelo próprio indivíduo, como a informação publicada por terceiro, verificando-se um verdadeiro fenómeno que pode ser designado como proliferação de dados pessoais⁴.

Aponta-se o rápido desenvolvimento digital⁵ que se tem verificado como causa deste fenómeno, na medida em que se tornou possível, de forma cada vez mais surpreendente, o armazenamento exponencial de dados⁶ (o que se designa por *Big Data*). Tal resulta do uso difundido de redes sociais e outros serviços *online*, do qual surge a inevitável necessidade de partilha de um certo nível de informação pessoal com os servidores, o que determina que dados pessoais sejam constantemente recolhidos e utilizados fora do controlo do indivíduo⁷, ou sem que ele saiba⁸. Desta forma, cria-se um verdadeiro rasto digital⁹ que se encontra em permanente crescimento e que poderá determinar uma

dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE.

³ Lindsay, 2012.

⁴ Bernal, 2011, p. 1.

⁵ Yan, 2013, p. 3.

⁶ Estima-se que diariamente produzimos o equivalente a 2,5 quintiliões de bytes de data, e que, mensalmente, realizamos cerca de 100 mil milhões de pesquisas no motor de pesquisa *Google*. Ver Marr, 2018; Sullivan, 2018.

⁷ É cada vez mais difícil o internauta aperceber-se de que os seus dados pessoais estão a ser recolhidos, porquanto esta recolha se procede, muitas das vezes, de forma totalmente automática.

⁸ Ausloos, 2012, p. 4.

⁹ Lindsay, 2012; Reding, 2012.

violação da reserva da vida privada, bem como uma violação da nossa autodeterminação informativa^{10 11}.

De facto, informação pessoal é recolhida e/ou utilizada a uma escala sem precedente, sendo que, por exemplo, o nosso nome, a nossa morada, número de telefone e número de cartão de crédito, entre muitas outras informações¹², são recolhidos e cruzados de forma a serem criados verdadeiros *dossiers* digitais¹³, suscetíveis de criar um “perfil de *persona* digital” – o designado *profiling* –, que poderá não corresponder, em parte ou no seu todo, ao verdadeiro perfil do sujeito¹⁴; pode assim verificar-se uma verdadeira manipulação de identidade¹⁵, já que os dados pessoais estão abertos à interpretação e uso (ou mesmo uso indevido) desligado do seu contexto original¹⁶. Para além do mais, a criação destes perfis ainda permite a análise preditiva de comportamentos de um utilizador¹⁷, assim como a prática de *marketing* direto – o *marketing* criado à medida do consumidor, através da personalização da publicidade que vá ao encontro do que o consumidor procura¹⁸ –; tal, por sua vez, permite uma clara exploração comercial dos bancos de dados¹⁹ que se vão formando no ciberespaço, o que origina uma séria intrusão na autonomia da vontade dos sujeitos, isto é, na sua decisão e escolha²⁰.

Paralelamente a esta incessante recolha de dados, verifica-se uma notável facilidade de acesso aos mesmos, tanto assim que há quem entenda que a tecnologia da *web* está “a influenciar o que recordamos e a forma como o recordamos”²¹, dado que que é possível encontrar-se informação com grande nível de detalhe, ainda que utilizando conceitos vagos e pouco concisos, e mesmo não tendo presente onde essa informação se localiza. Deste modo, o padrão alterou-se, passando do “esquecer por seleção” (devido ao limitado espaço de armazenamento) para o “recordar por predefinição”²².

Todos estes avanços tecnológicos permitiram comunicar e partilhar conteúdos²³ instantaneamente, até com um terceiro que se encontre num outro continente, facilitando a “interação em sociedade”, simplificando a vida das pessoas²⁴ e apresentando, de

¹⁰ Botelho, 2017b, p. 50.

¹¹ O direito à autodeterminação informativa é um direito sobre a informação, que tem como intuito permitir que o indivíduo controle a informação que circula a seu respeito, de modo a que este não se torne um “simples objeto de informações”. Cfr. Canotilho, 2007, p. 551.

¹² No âmbito da Internet das Coisas, já é possível utilizar dispositivos para medir a tensão arterial, o batimento cardíaco, entre outros dados antropométricos, assim como proceder ao reconhecimento facial através de videovigilância, sendo que estes e muitos outros dados, individualmente ou de forma agregada, são objeto de múltiplas finalidades potencialmente intrusivas da privacidade – Calvão, 2018, pp. 13-15.

¹³ Solove, 2009.

¹⁴ Botelho, 2017b, p. 51.

¹⁵ Calvão, 2018, pp. 13-15.

¹⁶ Walker, 2012, p. 260.

¹⁷ DCI, 2018.

¹⁸ Gonçalves, 2003, p. 173.

¹⁹ Michael Palmer, a este propósito, realizou um paralelismo entre dados pessoais e petróleo, afirmando que os dados pessoais são valiosos; todavia, tal como o crude, se estes não forem refinados, não podem ser efetivamente utilizados – Palmer, 2006.

²⁰ Calvão, 2018, pp. 13-15.

²¹ Korenhof, 2013, p. 115; Mayer-Schönberger, 2009, p. 38.

²² Korenhof, 2013, pp. 115-117.

²³ Mir, 2016, p. 81.

²⁴ Calvão, 2018, pp. 13-15.

forma óbvia, significativos benefícios e assegurando amplas conveniências para a sociedade em geral.

No entanto, associado a esta aldeia global²⁵ há um lado sombrio²⁶ – o facto de a *Internet* nada esquecer²⁷. Certamente que todos possuímos vivências passadas e aspetos relativos à nossa vida pessoal que gostaríamos que se mantivessem longe dos olhares indiscretos; contudo, com a emergência do mundo digital, facilmente se acede a estas informações eventualmente mais embaraçosas e pessoais, potenciando-se o surgimento de situações como as explanadas na Introdução do presente trabalho.

É precisamente no âmbito deste contexto que surge a necessidade premente de assegurar um Direito ao Esquecimento, sendo certo que este se tornou uma preocupação central no seio da política de Proteção de Dados da União Europeia²⁸. Para este facto muito contribui Viviane Reding que, tendo sido Comissária Europeia da Justiça, Direitos Fundamentais e Cidadania, foi responsável por trazer para o centro do debate em matéria de Privacidade e Proteção de Dados na Europa o direito em que nos centramos neste trabalho²⁹.

Num dos seus discursos, Reding menciona que, “se um indivíduo não pretender mais que os seus dados pessoais sejam processados ou armazenados por um controlador de dados, e se não houver uma razão legítima para os manter, os dados deverão ser removidos do sistema”³⁰. O que Reding pretende com o seu discurso é garantir aos indivíduos um maior controlo sobre os seus dados pessoais e evitar que a sociedade se resigne face à crescente divulgação deste tipo de dados, encarando esta realidade como uma inevitabilidade do mundo moderno³¹.

Neste âmbito, um questionário realizado no ano de 2015 revelou que cerca de 67% da população europeia consideram que não têm controlo sobre a informação que divulgam *online*, e cerca de 31% sentem que não têm qualquer controlo sobre a mesma^{32 33}. Neste sentido, acontecimentos recentes como a alegada venda de dados pessoais pela empresa *Facebook* à *Cambridge Analytica*³⁴ reforçam certamente a sensação de vulnerabilidade e ausência de controlo que os utilizadores das ferramentas digitais revelam sentir.

²⁵ Solove, 2007, p. 33.

²⁶ Andrés, 2016, pp. 3-5.

²⁷ Lasica, 1988; Rosen, 2011, p. 345; Walker, 2012, p. 257.

²⁸ Spahiu, 2015, p. 691.

²⁹ O’Hara, 2015, p. 73.

³⁰ Reding, 2012.

³¹ Hallinana, 2012, pp. 264-265.

³² Comissão Europeia, 2015.

³³ Dados de um estudo realizado pela Comissão Europeia, em 2012, revelaram que 74% dos cidadãos europeus acreditam que a disponibilização dos seus dados pessoais é uma atividade comum do seu quotidiano, enquanto 43% receiam já ter disponibilizado uma quantidade excessiva de informação pessoal através de meios *online* – Comissão Europeia, 2012.

³⁴ Cadwalladr, 2018. Mais recentemente, cerca de 30 milhões de contas da rede social *Facebook* foram afetadas num caso gravíssimo de violação de dados pessoais – Tynan, 2018.

1.1. A *ratio legis* do Direito ao Esquecimento

Como resulta do anteriormente exposto, o Direito ao Esquecimento fundamenta-se na vital necessidade de o indivíduo determinar, de forma autónoma, o modo como a sua vida se desenvolve sem ser, por isso, estigmatizado por algo que tenha realizado no passado³⁵. É pretensão deste Direito atribuir poder aos indivíduos, para que estes possam controlar as circunstâncias em que os seus dados pessoais são tratados por terceiros³⁶, assegurando-se que a reserva da sua vida privada e a sua autodeterminação informacional não são perturbadas³⁷.

Em traços gerais, o direito em análise neste trabalho pretende assegurar uma segunda oportunidade a todos os utilizadores que comunicam ou partilham conteúdo *online*, no sentido de um novo recomeço e da possibilidade de o ser humano se reinventar³⁸. Para tal, há o intuito de impedir um acesso irrestrito a toda a informação perpetuamente disponível *online*³⁹. Um acesso ilimitado pode fazer-nos sentir verdadeiramente “despidos” no mundo digital⁴⁰, por se verificar uma total transparência relativamente a informação que diz respeito ao foro pessoal, nomeadamente acerca da nossa identidade, o nosso estado de saúde, a nossa residência, a nossa filiação partidária, a nossa orientação sexual⁴¹ ou a nossa situação bancária, entre muitas outras.

De acordo com o nosso ponto de vista, este direito visa criar no mundo *online* algo correspondente ao ato de esquecer que, em termos neurológicos, é fundamental à vida e condição humana⁴². A este propósito, Ricœur afirma que a faculdade de esquecer é uma condição do ato de recordar, acrescentando que o “poder de esquecer”⁴³ é necessário a todas as ações e é aquilo que permite que o possuidor de memória e histórias “cure feridas, substitua o que foi perdido, e reconstrua formas fragmentadas de si mesmo” (Ricœur, 2006).

Ora, num mundo em que nos encontramos rodeados por câmaras que monitorizam todo e qualquer movimento, em que tudo o que dizemos e fazemos é recordado e armazenado por um período indeterminado⁴⁴, em que nada escapa à gigante que é a *web*, é difícil verificar esta faculdade tão fundamental à nossa existência humana e à vivência em sociedade, que permite filtrar os conteúdos que observamos, de forma a não sermos

³⁵ Mantelero, 2013, p. 230.

³⁶ Sancho-Villa, 2015, p. 359.

³⁷ Botelho, 2017c.

³⁸ Raimundo, 2012, p. 3 e pp. 17 e 18.

³⁹ Botelho, 2017b, p. 51.

⁴⁰ Malheiros, 2015, p. 13.

⁴¹ Botelho, 2017b, p. 51.

⁴² Botelho, 2017c.

⁴³ Nietzsche, numa das suas obras, também alerta para a essencialidade do ato de esquecer, dando o seguinte exemplo: “Imagine-se, no mais extremo caso, um sujeito que não possui de todo o poder de esquecer, que seria condenado a ver em todo o lado o surgimento de uma situação já vivida (...). Esquecer é intrínseco a todas as ações, tal como a luz e a escuridão pertencem à vida de todas as coisas orgânicas” – Nietzsche, 1874.

⁴⁴ Num dos seus artigos, Bert-Jaap Koops realiza uma interessante comparação entre as impressões e sombras digitais e as sombras físicas que deixamos no mundo real, entendendo este autor que, ao contrário destas, que são efémeras, as impressões digitais que deixamos no mundo digital (dados criados pelo próprio utilizador) e as sombras digitais (dados criados por outros utilizadores sobre nós) persistem por um período indeterminado. Cfr. Koops, 2011, p. 229.

emocionalmente afetados⁴⁵ e a não nos tornarmos reféns de uma verdadeira “letra escarlate digital”⁴⁶.

No fundo, e em traços sumários, o Direito ao Esquecimento é o direito que o indivíduo possui de não ser confrontado com o seu passado⁴⁷ (como algo que disse ou fez) que, no seu entender, não corresponde mais à sua *persona*, e que, por tal, deverá ser esquecido da realidade *online*, assegurando-se, deste modo, um maior controlo sobre os dados que dizem diretamente respeito à sua pessoa⁴⁸.

2. Diretiva 95/46/CE⁴⁹ – o primeiro passo na consagração do Direito ao Esquecimento?

Artigos 6.º, n.º 1 e 12.º, n.º 1 da Diretiva 95/46/CE

Na alínea b) do artigo 12.º da Diretiva 95/46/CE, encontrava-se previsto que:

s Estados-membros garantirão às pessoas em causa o direito de obterem do responsável pelo tratamento [...] o apagamento ou o bloqueio dos dados cujo tratamento não cumpra o disposto na presente diretiva, nomeadamente devido ao carácter incompleto ou inexato desses dados.

Por seu turno, na alínea d) do n.º 1 do artigo 6.º, podia-se ler:

Os Estados-membros devem estabelecer que os dados pessoais serão exatos e, se necessário, atualizados; devem ser tomadas todas as medidas razoáveis para assegurar que os dados inexatos ou incompletos, tendo em conta as finalidades para que foram recolhidos ou para que são tratados posteriormente, sejam apagados ou retificados.

Depreende-se do exposto que não se verifica nestes artigos (assim como nos demais artigos da referida Diretiva) a consagração de um expresso e amplo Direito ao Esquecimento, mas antes aquilo que podemos interpretar como uma versão diluída do mesmo⁵⁰, na medida em que o âmbito de aplicação do referido artigo é extremamente limitado; verifica-se apenas nas situações em que o tratamento de dados não cumpra o disposto na Diretiva, nomeadamente quando não cumpra o princípio do limite do tratamento de

⁴⁵ Botelho, 2017c.

⁴⁶ Solove, 2007, p. 76.

⁴⁷ Koops, 2011, p. 230.

⁴⁸ Outras conceções do Direito ao Esquecimento podem observar-se na doutrina, de entre as quais destacamos uma conceção do Direito ao Esquecimento como um direito de identidade, como um direito humano ou, até, como uma figura que não se consubstancia num direito. No âmbito da conceção deste direito como um direito de identidade, Nuno Andrade entende que o Direito ao Esquecimento assegura não só o direito de ser diferente dos outros, mas também o direito de ser diferente de si mesmo, mais precisamente, de ser diferente daquilo que se foi no passado. Para uma melhor resenha da conceção “identitária”, ver Andrade, 2012. Por sua vez, Xanthoulis concebe este direito como um direito humano, mais precisamente, como uma expressão do amplo direito à privacidade. Para uma melhor compreensão da conceção “humanista”, consultar Xanthoulis, 2012. Por outro lado, há também doutrina que entende que a conceptualização desta figura como direito não é a mais adequada, defendendo que esta se trata de um interesse legítimo (Rouvroy, 2008), de um objetivo político (Mayer-Schönberger, 2009) e de um valor ético e social (Blanchette, 2002).

⁴⁹ Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

⁵⁰ Ausloos, 2012, p. 13.

dados⁵¹, princípio que determina que o tratamento de dados deve proceder-se dentro da finalidade para a qual os dados foram obtidos. Por outras palavras, no âmbito desta Diretiva, só será possível invocar o Direito ao Esquecimento quando o processamento de dados pessoais não cumpra, em primeiro lugar, o disposto neste instrumento jurídico, ou seja, quando o processamento é ilícito⁵², ficando de fora toda uma panóplia de situações que poderão justificar o recurso a este direito.

Não obstante, tal não invalida o facto de que da leitura conjunta dos dois artigos acima referidos é, sim, possível retirar-se um implícito Direito ao Esquecimento⁵³, o que, desde logo, faz cair por terra a tese de que este direito é um direito criado *ex novum* pelo Regulamento⁵⁴.

Apesar do exposto, a falta de uma previsão expressa de um Direito ao Esquecimento determinou que se não verificasse um entendimento comum no seio dos Estados-Membros da UE quanto ao significado deste direito^{55 56}, tendo sido adjetivado pela doutrina como um conceito vago⁵⁷, demasiado complexo para formular em termos legais, na medida em que o seu âmbito abrange uma vasta gama de assuntos diferentes⁵⁸.

A origem do Direito ao Esquecimento, que se encontra na legislação nacional de vários Estados-Membros, pode justificar a falta de uma definição única deste direito no âmbito europeu, na medida em que nestas diferentes legislações o Direito ao Esquecimento está previsto com significados distintos⁵⁹.

Na legislação francesa, o *droit à l'oubli* determinava que informações pessoais que tivessem sido reveladas ao público em nome do direito de informação (na sua grande maioria informações com conotações negativas e relacionadas com decisões judiciais), e que tivessem sido objeto de interesse público no passado, não poderiam ser mais divulgadas, de modo a tutelar-se a privacidade do indivíduo a quem essas notícias diziam respeito⁶⁰.

⁵¹ Artigo 6.º n.º 1, alínea b), da referida Diretiva.

⁵² Alsenoy, Kuezerawy e Ausloos, 2013, *apud* Ambrose, 2014, p. 803.

⁵³ Botelho, 2017c.

⁵⁴ Tal é também sugerido pela Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), que declara que o artigo 17.º desenvolve e especifica mais detalhadamente o direito de apagamento consagrado no artigo 12.º, alínea b) da Diretiva 95/46/CE. Ver também Reding, 2011, p. 4.

⁵⁵ Bunn, 2015, p. 337. Ver também, Jones & Ausloos, 2013. Neste artigo, os autores entendem que devem ser distinguidas duas versões do direito a ser esquecido, de modo a não se verificarem conceções confusas do mesmo. Uma primeira versão é o antigo *droit à l'oubli* (direito ao esquecimento) que tem sido historicamente aplicado a casos excecionais que envolvem indivíduos que tenham cumprido uma sentença penal e que, na atualidade, não pretendem ser mais associados a antigos crimes praticados. Uma segunda versão deste direito diz respeito à exclusão ou eliminação de informações que um utilizador divulgou voluntariamente, sendo que neste contexto, por estarmos perante dados recolhidos e processados por terceiros, a designação mais precisa seria “direito ao apagamento”.

⁵⁶ O facto de a Diretiva apenas vincular os Estados-Membros quanto ao resultado a alcançar, deixando às instâncias nacionais competência quanto à forma e aos meios para atingir esse resultado (conforme previsto no artigo 288.º, do TFUE), suscita “a possibilidade de diferenciações normativas do regime jurídico a estabelecer nacionalmente”. Para uma melhor resenha acerca deste instrumento jurídico, consultar Gorjão-Henriques, 2014, pp. 298-299.

⁵⁷ Ausloos, 2012, pp. 13-14.

⁵⁸ McGoldrick, 2013, p. 761.

⁵⁹ Bartolini & Lawrence, 2016, p. 230.

⁶⁰ Mantelero, 2013, p. 230.

Por sua vez, no ordenamento jurídico italiano, o *diritto all'oblio* era reconhecido como “o direito de não ser indefinidamente exposto a danos causados à honra e reputação, devido à publicação contínua de notícias que foram divulgadas de forma legítima no passado”^{61 62}, sendo este direito uma manifestação do direito à privacidade.

Enquanto “fórmula mais primitiva” do Direito ao Esquecimento⁶³, os explanados direitos incidiam, de modo geral, na restrição da divulgação de antigas condenações judiciais de ex-condenados⁶⁴, dado que o interesse público no acesso às informações respeitantes a estes ilícitos não apresentava um prazo de validade indefinido, devendo pois este acesso ser vedado quando tivesse decorrido da condenação tempo suficiente.

No presente trabalho iremos abordar o Direito ao Esquecimento na sua faceta estritamente interligada à matéria de Proteção de Dados Pessoais⁶⁵, pelo que, necessariamente, este incluirá no seu escopo toda uma panóplia de informações pessoais que vão além de antigas infrações jurídicas.

3. Caso Google Spain – um caso de referência

3.1. O Caso C-131/12 do Tribunal de Justiça

Foi no âmbito do ordenamento jurídico espanhol que surgiu o caso mais mediático relacionado com o Direito ao Esquecimento. Com efeito, em 1998, imóveis da propriedade de Mario Costeja (um advogado de nacionalidade espanhola) foram objeto de arresto, com vista à recuperação de dívidas existentes à Segurança Social. O facto foi reportado pelo *La Vanguardia*⁶⁶, um jornal de grande tiragem em Espanha⁶⁷, de modo a publicitar o leilão em hasta pública da propriedade arrestada e maximizar as receitas provenientes do mesmo⁶⁸.

Sucedeu que, volvidos 12 anos do referido leilão, Costeja, sempre que introduzia o seu nome no motor de pesquisa *Google*, deparava-se nos primeiros resultados com o mencionado artigo do jornal. Tendo sido o aludido arresto resolvido há vários anos, a referência ao mesmo tornava-se carecida de pertinência e prejudicial ao seu negócio⁶⁹. Por conseguinte, Mario Costeja decidiu apresentar uma reclamação na Associação Espanhola de Proteção de Dados (daqui em diante AEPD), contra o jornal *La Vanguardia*,

⁶¹ Sentença n.º 3679 da III Secção Civil da Corte di Cassazione, de 9 de abril de 1998.

⁶² Na mesma decisão, o Supremo Tribunal Italiano entendeu que o *diritto all'oblio* não deve ser reconhecido nas situações em que o evento ocorrido no passado é novamente observado na atualidade, ressurgindo, desta forma, um novo interesse público relativamente a essa informação, o que fundamenta a sua divulgação pública.

⁶³ Raimundo, 2012, pp. 28-29.

⁶⁴ Em legislação de vários países, reconheceu-se que, após um determinado período, os indivíduos condenados devem ser tratados, para todos os efeitos legais, como sujeitos que não cometeram o delito em causa. Estas normas jurídicas visam garantir a reabilitação dos infratores, permitindo-lhes viver a sua vida sem serem objeto de preconceitos com base nos erros que cometeram no passado. Na prática, tal significa que o registo criminal desses indivíduos é eliminado ou considerado como “limpo”, sendo que, em alguns países, as pessoas em causa têm ainda o direito de solicitar que a cobertura dos *media* relacionada com a sua condenação seja removida dos arquivos de notícias. – Article 19, 2016, p. 11.

⁶⁵ O'Hara, Shadbolt & Hall, 2016, pp. 3-4.

⁶⁶ O leilão em hasta pública foi divulgado em duas versões impressas do jornal, mais precisamente a 19 de janeiro e 9 de março de 1998, tendo sido, posteriormente, republicado na versão *online* do jornal.

⁶⁷ Ac. do TJ de 13 de maio de 2014, processo C-131/12, para. 14.

⁶⁸ O'Hara, 2015, pp. 74-75.

⁶⁹ O'Hara, 2015, pp. 74-75.

ordenando que este suprimisse ou alterasse as referidas páginas, assim como contra a *Google Spain* e *Google Inc.*, ordenando que os seus dados pessoais fossem suprimidos ou ocultados dos resultados do motor de pesquisa⁷⁰.

Por entender que as informações publicadas pelo jornal se encontravam legalmente justificadas, porquanto resultaram de uma ordem do Ministério do Trabalho e Assuntos Sociais, a AEPD indeferiu a reclamação apresentada no que concernia ao *La Vanguardia*⁷¹. Todavia, a mencionada reclamação foi deferida no que respeitava à *Google Spain* e *Google Inc.*, tendo a AEPD alegado que os motores de pesquisa “realizam um tratamento de dados pelo qual são responsáveis e atuam como intermediários da sociedade de informação”. Exigia, desta forma, que estes adotassem as medidas necessárias para que os dados fossem retirados do seu índice de resultados e para que o acesso futuro aos mesmos fosse impossibilitado, por serem suscetíveis de lesar o direito fundamental de proteção dos dados e a dignidade das pessoas em sentido amplo⁷².

Face ao deferimento da AEPD, a *Google Spain* e a *Google Inc.* decidiram interpor recurso na Audiência Nacional para que a decisão da AEPD fosse declarada nula, tendo a última instância judicial espanhola decidido submeter as três seguintes questões ao TJ, através do mecanismo de reenvio prejudicial:

1. É o quadro europeu de Proteção de Dados estabelecido na Diretiva aplicável à *Google*?
2. São os motores de pesquisa considerados responsáveis pelo tratamento de dados⁷³ ao abrigo da Diretiva?
3. Pode um titular de dados exigir a um motor de pesquisa que remova a indexação de uma determinada informação que lhe diga respeito, ainda que essa informação tenha sido legalmente publicada por terceiro?⁷⁴

No presente trabalho iremos abordar apenas a terceira questão prejudicial suprarreferida, na medida em que as demais questões ultrapassam o propósito da nossa análise.

3.2. A opinião do Advogado-Geral

No que concerne à terceira questão prejudicial apresentada, o Advogado-Geral Niilo Jääskinen entendeu que o que o órgão jurisdicional espanhol pretendia saber era se o Direito ao Esquecimento invocado por Costeja podia basear-se nos artigos 12.º, alínea b) e 14.º, alínea a)⁷⁵ da Diretiva, isto é, se os direitos de retificação, apagamento,

⁷⁰ Ac. do TJ de 13 de maio de 2014, processo C-131/12, para. 15.

⁷¹ Ac. do TJ de 13 de maio de 2014, processo C-131/12, para. 16.

⁷² Ac. do TJ de 13 de maio de 2014, processo C-131/12, para. 17.

⁷³ O responsável pelo tratamento de dados é definido pela alínea d) do artigo 2.º da Diretiva 95/46/CE como “a pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outrem, determine as finalidades e os meios de tratamento dos dados pessoais”.

⁷⁴ Cofone, 2015, pp. 3-4.

⁷⁵ Nos termos da alínea a) do artigo 14.º da Diretiva, “Os Estados-Membros reconhecerão à pessoa em causa, o direito de, pelo menos nos casos referidos nas alíneas e) e f) do artigo 7.º, se opor em qualquer altura, por razões preponderantes e legítimas relacionadas com a sua situação particular, a que os dados que lhe digam respeito sejam objeto de tratamento, salvo disposição em contrário do direito nacional”.

bloqueio e oposição previstos na Diretiva se traduziam no direito de Mario Costeja a ser esquecido⁷⁶.

Face a esta questão, o Advogado-Geral determinou que não está previsto na Diretiva “um direito genérico ‘de ser esquecido’, no sentido de a pessoa em causa ter o direito de limitar ou de pôr termo à difusão de dados pessoais que considera prejudiciais ou contrários aos seus interesses” (Conclusões do Advogado-Geral, para. 107); e, ainda que o titular de dados pretenda recorrer ao artigo 14.º, alínea a) da Diretiva, este não poderá ser invocado pelo mesmo, já que uma pretensão subjetiva não constitui, por si só, uma razão legítima e preponderante na aceção do referido artigo⁷⁷.

Nas suas Conclusões, Niilo Jääskinen refere ainda que a atribuição de um Direito ao Esquecimento implicaria o sacrifício de direitos fundamentais como a liberdade de informação⁷⁸, uma vez que na sociedade de informação em que vivemos atualmente o “direito de pesquisar informação publicada na *Internet* por meio de motores de pesquisa é uma das formas mais importantes de exercer” essa liberdade, que ficaria seriamente comprometida se, na pesquisa do nome de uma pessoa, não surgissem todos os resultados referentes a esse nome, mas antes uma versão *bawdlerizada* desses (Conclusões do Advogado-Geral, para. 131). Para além do exposto, no entender do Advogado-Geral, a liberdade de informação também compreende a liberdade de um jornal republicar digitalmente os seus jornais impressos, não se verificando qualquer justificação para a republicação digital de um jornal com conteúdo diverso da versão impressa⁷⁹. De outro modo estaríamos perante uma verdadeira “falsificação da história” (Conclusões do Advogado-Geral, para. 129).

Um outro direito fundamental que será também perturbado com o reconhecimento de um genérico Direito ao Esquecimento é a liberdade de expressão, liberdade esta que se encontra prevista no n.º 1 do artigo 11.º, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁸⁰ e que tem como um dos seus reflexos a liberdade de disponibilizar

⁷⁶ Conclusões do Advogado-Geral Niilo Jääskinen apresentadas a 25 de junho de 2013, para. 102.

⁷⁷ Conclusões do Advogado-Geral, para. 108.

⁷⁸ Conclusões do Advogado-Geral, para. 133.

⁷⁹ No Ac. do TEDH de 10 de março de 2009, processo n.º 6538/74, o TEDH referiu que os arquivos da *Internet* “constituem uma fonte importante para a educação e a investigação histórica, sobretudo porque estão acessíveis ao público de uma forma imediata e são geralmente gratuitos. (...) Porém, a margem de apreciação que é conferida aos Estados para encontrarem o equilíbrio entre os direitos concorrentes poderá ser maior estando em causa novos arquivos de eventos passados, do que em relação a notícias de assuntos atuais. Em especial, o dever que incumbe à imprensa de atuar em conformidade com os princípios do jornalismo responsável, assegurando a exatidão da informação histórica, mais do que da informação perecível, que é publicada, é provavelmente mais estrito na falta de urgência na publicação do material”. Desta forma, determina-se neste Ac. que a responsabilidade do editor pela exatidão das publicações históricas poderá ser mais estrita face às publicações de notícias atuais, podendo ser mesmo necessária a utilização de modificações adequadas que completem o conteúdo da notícia (Conclusões do Advogado-Geral, para. 129).

⁸⁰ Nos termos do n.º 1 do artigo 11.º, da CDFUE, “todas as pessoas têm direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras”.

conteúdos na *Internet*⁸¹ (na ótica do editor da página *web*) e a liberdade de disponibilizar ferramentas de localização da informação na *Internet* (na ótica do motor de pesquisa)⁸².

Jääskinen também faz referência aos riscos que decorreriam da atribuição de um Direito ao Esquecimento, nomeadamente o “bombardeamento” de pedidos de remoção de informações apresentados aos motores de pesquisa, bem como a remoção automática de quaisquer informações contestadas sem que se verificasse uma prévia ponderação dos interesses em conflito na situação concreta⁸³, no caso de esta decisão recair sobre os motores de pesquisa⁸⁴.

Em virtude de todos os motivos apresentados, Niilo Jääskinen conclui que, tanto os direitos ao apagamento e ao bloqueio dos dados, regulados no artigo 12.º, alínea b), como o direito de oposição, previsto no artigo 14.º, alínea a) da Diretiva, não conferem a Costeja o direito de se dirigir diretamente à Google de forma a impedir a indexação de informações referentes ao seu nome, quando essas informações foram legalmente publicadas em páginas *web* de terceiros, por entender que as mesmas lhe podem ser prejudiciais ou por pretender que sejam esquecidas⁸⁵.

3.3. Decisão do TJ sobre o Caso C-131/12

Numa decisão envolta em controvérsia e considerada por parte da doutrina como uma decisão sobre o Direito ao Esquecimento⁸⁶, o TJ confirmou a decisão da AEPD⁸⁷, condenando a *Google Spain* e a *Google Inc.* a suprimir a informação referente ao leilão dos imóveis de Mario Costeja que constava da página *web* do jornal *La Vanguardia* da lista de resultados exibida após uma pesquisa efetuada ao seu nome⁸⁸, ainda que essa informação permaneça na página *web-fonte*⁸⁹.

Entendeu neste sentido o TJ, por considerar que, tal como determina o artigo 1.º da Diretiva, deve o direito à proteção da vida privada ser salvaguardado, de forma a garantir-se um elevado nível de proteção na UE⁹⁰. Neste sentido, uma vez que Costeja não consentiu inicial e posteriormente com o tratamento de dados que lhe diziam respeito, impunha-se determinar se o tratamento destes dados eram ou não necessários, “para prosseguir interesses legítimos do responsável pelo tratamento [...], desde que não prevaleçam os interesses ou os direitos e liberdades fundamentais da pessoa em causa,

⁸¹ No Ac. do TEDH de 18 de dezembro de 2012, processo n.º 3111/10, o TEDH reforçou, explicitamente, o direito dos indivíduos de acederem à *Internet*, afirmando que esta se tornou um dos principais meios de exercer o direito de liberdade de expressão e de informação, ao permitir “expressar, receber e transmitir informações e ideias independentemente de fronteiras”.

⁸² Conclusões do Advogado-Geral, para. 132.

⁸³ Conclusões do Advogado-Geral, para. 133.

⁸⁴ Jääskinen entende que os motores de pesquisa não devem ser onerados com o dever de realizar a ponderação dos interesses em conflito, devendo esta ponderação ser realizada por um órgão jurisdicional, uma vez que tal implicaria uma perturbação da liberdade de expressão do editor da página *web* cuja posição jurídica não seria devidamente tutelada num procedimento não regulado, o qual reúne apenas o motor de pesquisa e a pessoa que contesta a remoção de determinada informação (Conclusões do Advogado-Geral, paras. 133 e 134).

⁸⁵ Conclusões do Advogado-Geral, para. 138, n.º 3.

⁸⁶ Bunn, 2015, pp. 345-346; Iglezakis & Politis, 2014, p. 274.

⁸⁷ Döhmman, 2015, pp. 1038-1039.

⁸⁸ Ac. do TJ de 13 de maio de 2014, processo C-131/12, para. 3 da parte decisória.

⁸⁹ Ac. do TJ de 13 de maio de 2014, processo C-131/12, para. 65.

⁹⁰ Ac. do TJ de 7 de novembro de 2013, processo C 473/12, para. 28.

protegidos ao abrigo do n.º 1 do artigo 1.º”, como determina a alínea f) do artigo 7.º da Diretiva (dado que as demais alíneas do referido artigo não se aplicavam)^{91 92}.

A este respeito, o TJ considerou que, na situação presente, o interesse económico do motor de pesquisa não pode justificar, por si só, a ingerência nos direitos fundamentais de Costeja, particularmente o seu direito à proteção de dados e o seu direito à privacidade, em virtude da gravidade potencial desta ingerência, que decorre da função preeminente que a *Google* desempenha na perturbação da privacidade, ao exibir numa única página de resultados⁹³:

[...] uma visão global estruturada das informações sobre essa pessoa, [...] respeitantes, potencialmente, a numerosos aspetos da sua vida privada e que, sem o referido motor de busca, não poderiam ou só muito dificilmente poderiam ter sido relacionadas, e, deste modo, estabelecer um perfil mais ou menos detalhado da pessoa em causa⁹⁴ (Ac. do TJ de 13 de maio de 2014, processo C-131/12, para. 81).

Por outras palavras, a informação relativa à pessoa em causa esteve sempre disponível no *site* do jornal espanhol; contudo, se não fosse a existência do motor de pesquisa, essa informação não seria tão facilmente obtida (ou não seria, de todo, obtida), a menos que se utilizasse uma hiperligação direta para a página dos artigos contestados⁹⁵.

Não obstante, o TJ referiu também que deverá ser sempre ponderado tanto o direito do indivíduo que pretende ver determinada informação suprimida da lista de resultados de um motor de pesquisa, como o legítimo interesse dos internautas em aceder a determinada informação pessoal, procurando-se estabelecer um equilíbrio entre ambos⁹⁶. Nesse âmbito, o Tribunal determinou que, “regra geral”, o direito da pessoa em

⁹¹ Bunn, 2015, pp. 347-348.

⁹² Importa referir que não seria viável invocar o n.º 1 do artigo 12.º da Diretiva, alegando que o tratamento de dados não observa os princípios relativos à qualidade dos dados previstos no artigo 6.º da Diretiva, uma vez que, para determinar se os dados em causa são inadequados, não pertinentes ou excessivos atendendo às finalidades do tratamento, desatualizados ou conservados por um período de tempo superior ao necessário, atende-se à finalidade para a qual os dados estão a ser processados pelo motor de pesquisa. Qualquer motor de pesquisa poderá argumentar que, por mais irrelevante que uma informação pessoal seja quando considerada a finalidade do seu tratamento por um anterior responsável de dados (nesta situação a *La Vanguardia*), esta será sempre relevante para o seu próprio propósito, que consiste em fornecer acesso a informações que estão publicamente disponíveis na *Internet*. Neste sentido, as Conclusões do Advogado-Geral, paras. 96-98.

⁹³ O’Hara, Shadbolt & Hall, 2016, p. 6.

⁹⁴ Como referiu o TJ no seu Ac. de 25 de outubro de 2011, processo C 509/09, os conteúdos introduzidos numa página da *web* “podem ser consultados instantaneamente por um número indefinido de internautas em todo o mundo, independentemente de qualquer intenção da pessoa que os emitiu, relativa à sua consulta para além do seu Estado-Membro de estabelecimento e fora do seu controlo”, estando presente uma ideia de ubiquidade da informação contida na *Internet*.

⁹⁵ Spahiu, 2015, pp. 693-694.

⁹⁶ Uma breve análise da jurisprudência do TJ sobre o direito fundamental à proteção de dados permite concluir que, no âmbito desta matéria, ter-se-á de encontrar um equilíbrio entre os direitos fundamentais em conflito, não sendo o direito à proteção de dados um direito absoluto. No Ac. do TJ de 6 de novembro de 2003, processo C-101/01, o TJ determinou que a promoção da liberdade de circulação de dados pode entrar em conflito com os direitos fundamentais dos sujeitos, tendo estes direitos de ser balanceados de acordo com os mecanismos previstos na Diretiva (paras. 79-81). Este entendimento foi posteriormente desenvolvido em outras decisões, tais como o Ac. do TJ de 16 de novembro de 2008, processo C 73/07, no qual o TJ declarou “que o seu objetivo é que os Estados-Membros (...) assegurem a proteção das liberdades e dos direitos fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente do direito à vida privada (...). Esse objetivo, no entanto,

causa prevalece sobre o interesse dos demais utilizadores da *Internet*; contudo, poderão verificar-se certas circunstâncias que farão este equilíbrio pender num ou noutro sentido, designadamente a natureza da informação concreta e o nível de sensibilidade para a vida privada da pessoa em causa, bem como o interesse do público em aceder à referida informação, interesse esse que variará em função de vários fatores, como, por exemplo, se a pessoa em questão é, ou não, uma figura pública (Ac. do TJ de 13 de maio de 2014, processo C-131/12, paras. 80-81).

Na concreto pleito dirimido no presente Acórdão, o TJ entendeu que o carácter sensível da informação exibida na lista de resultadas da *Google* através de uma pesquisa pelo nome de Costeja (sendo, portanto, uma informação que identificava diretamente a pessoa em causa)⁹⁷, associado ao facto de que desde a data da publicação original se tinham volvido 16 anos, determinava que, não havendo um interesse público que prevalecesse no sentido do acesso à informação, ao abrigo do artigo 12.º, alínea b) e do artigo 14.º da Diretiva, Costeja podia exigir que essas informações fossem suprimidas do índice de resultados, de modo a não serem associadas ao seu nome⁹⁸, ainda que o conteúdo contestado (que se tratava de uma informação verídica e lícita) permanecesse no *site* do jornal em causa⁹⁹. Assim, nesta decisão o TJ afastou-se, notoriamente, da opinião apresentada pelo Advogado-Geral.

Por forma a executar a sentença proferida pelo TJ, a *Google* criou um formulário *web*¹⁰⁰ que deve ser preenchido por todos os internautas que pretendam solicitar, ao motor de pesquisa, a remoção de resultados de consulta que incluam o seu nome, sempre que estes sejam inadequados, irrelevantes ou excessivos¹⁰¹. Desde 2014 (ano em que a decisão foi proferida) até ao ano de 2018, o motor de pesquisa já recebeu mais de 2,4 milhões de pedidos de remoção¹⁰², tendo sido efetivamente eliminados cerca de 43% destes pedidos, de acordo com o Relatório de Transparência emitido pela empresa¹⁰³.

3.4. Críticas à decisão do Caso C-131/12

A explanada decisão do TJ gerou reações amplamente diversas¹⁰⁴: surgiu, por um lado, uma forte onda de críticas¹⁰⁵, havendo quem a condenasse como um dos maiores equívocos já cometidos pelo Tribunal¹⁰⁶ por ser suscetível de ameaçar a liberdade de

não pode ser prosseguido sem levar em conta o facto de os referidos direitos fundamentais deverem ser conciliados, em certa medida, com o direito fundamental à liberdade de expressão”.

⁹⁷ Certamente que os traços do caso em apreço seriam muito distintos caso a informação fosse obtida através da pesquisa de um outro conceito (como, por exemplo, através da designação do jornal), e não através do nome da pessoa em causa.

⁹⁸ Ac. do TJ de 13 de maio de 2014, processo C-131/12, para. 97-98.

⁹⁹ Ac. do TJ de 13 de maio de 2014, processo C-131/12, para. 3 da parte decisória.

¹⁰⁰ Poderá ser consultado em: https://www.google.com/webmasters/tools/legal-removal-request?complaint_type=rtbf&visit_id=636789584219608000-2768172192&hl=pt-PT&rd=1.

¹⁰¹ Cfr. com a Política de Privacidade e Termos de Utilização da Google Inc. Disponível em: <https://policies.google.com/faq?hl=pt-PT>.

¹⁰² O número exponencial de pedidos de remoção foi, precisamente, um dos potenciais riscos referidos pelo Advogado-Geral Niilo Jääskinen que decorreriam do reconhecimento de um Direito ao Esquecimento. Conclusões do Advogado-Geral, p. 17.

¹⁰³ Smith, 2018.

¹⁰⁴ Katsirea, 2017, pp. 125-126.

¹⁰⁵ Simmons, 2014, pp. 203-206.

¹⁰⁶ Toobin, 2014.

expressão¹⁰⁷; por outro lado, foi sentido um renovado entusiasmo pelo direito à privacidade e à proteção de dados pessoais¹⁰⁸, tendo a mesma decisão sido considerada uma vitória para a privacidade¹⁰⁹.

Importa referir, desde logo, que Costeja não foi o primeiro indivíduo a pretender ver parte do seu rasto digital eliminado, havendo outros casos em que foi requerido à *Google* a eliminação de fotografias e/ou vídeos¹¹⁰. Não obstante, nestas situações anteriores a captação de fotografias e/ou vídeos realizou-se de forma ilegal, enquanto neste Acórdão a divulgação dos leilões em hasta pública era, como já supracitado, inteiramente legal; é, precisamente, este o fator que torna este Caso C-131/12 um “*landmark case*” (Katsirea, 2017, pp. 125-126) e que fundamenta grande parte do criticismo de que foi objeto.

Foram sobretudo vozes dos sistemas jurídicos anglo-saxónicos¹¹¹ que se levantaram contra a decisão em apreço, por entenderem haver uma clara promoção do Direito ao Esquecimento, em detrimento de outros direitos fundamentais como a liberdade de expressão e a liberdade de acesso à informação¹¹²; houve autores que consideraram que, no âmbito deste processo, o TJ adotou a posição de ativista^{113 114}, pelo modo como interpretou os vários termos e definições da Diretiva¹¹⁵.

Chambers e Vassell-Adams afirmam no seu artigo que é notório neste caso a ausência de uma referência à liberdade de expressão, expressamente prevista no artigo 11.º da CDFUE^{116 117}, não tendo sido a relevância deste direito fundamental devidamente ponderada no equilíbrio que deve ser alcançado entre os direitos em conflito (o direito do titular de dados e os direitos dos responsáveis pelo tratamento de dados e do público que acede à informação); tal é contrário à tradição do TEDH, que protege esta liberdade como “um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática” (Ac. do TEDH de 12 de abril de 2011, processo n.º 4049/08 (*Ac. Conceição Letria c. Portugal*), paras. 35-36). Por outras palavras, o TJ corretamente considera que o Direito ao Esquecimento da pessoa em causa não é um direito absoluto, pelo que deverá ser balanceado com os demais direitos fundamentais em conflito, numa análise casuística¹¹⁸.

¹⁰⁷ Rosen, 2011.

¹⁰⁸ Lynskey, 2014.

¹⁰⁹ Amann *et al.*, 2014.

¹¹⁰ A título de exemplo, refira-se o caso de Max Mosley, antigo Presidente da Fórmula 1, que solicitou ao motor de pesquisa Google a eliminação de fotografias e de um vídeo em que surgia em encontros sadomasoquistas com prostitutas, tendo sido estas imagens captadas de forma clandestina e ilegalmente divulgadas em larga escala na *Internet*. Consultar a Sentença do Tribunal Distrital de Hamburgo de 24 de janeiro de 2014, processo n.º 324 O 264/11.

¹¹¹ Simmons, 2014, p. 207.

¹¹² Chambers & Vassell-Adams, 2014.

¹¹³ A expressão *ativista* é frequentemente utilizada com “uma forte conotação pejorativa” – Botelho, 2017a, p. 78.

¹¹⁴ Em sentido contrário, Iglezakis, 2014, p. 4 e Botelho, 2017b, p. 63.

¹¹⁵ O’Hara, 2015, pp. 77-78; Döhmman, 2015, p. 1033; Crowther & Watts, 2015.

¹¹⁶ Ver nota de rodapé n.º 80.

¹¹⁷ No mesmo sentido, Pollicino & Romeo, 2016, p. 248. Neste artigo, os autores entendem que o TJ protegeu excessivamente o Direito ao Esquecimento, em preterição de outros direitos fundamentais, tais como a liberdade de expressão.

¹¹⁸ Maria Eduarda Gonçalves alega que se confrontam dois interesses no âmbito da proteção de dados: por um lado, o interesse do próprio indivíduo em ver as informações que lhe dizem respeito salvaguardadas e, por outro lado, o interesse das entidades públicas ou privadas que pretendem prosseguir a sua atividade com

No entanto, de acordo com estes autores, na ponderação dos direitos em conflito o Tribunal procedeu a uma excessiva proteção do direito de Costeja, não devendo os intermediários da *web* ser utilizados como instrumentos de censura de conteúdos publicados na *Internet*¹¹⁹; houve até quem sugerisse que tal seria equivalente a manter um livro na estante de uma biblioteca e eliminar a respetiva referência no catálogo¹²⁰, em ordem a proteger o direito à privacidade – um puro ato de censura¹²¹.

Para além do mais, é ainda amplamente criticada a declaração do TJ de que, como “regra automática”, os interesses económicos de um responsável de dados não irão sobrepor-se aos de um titular de dados, não sendo fundamentado o porquê de se entender que o interesse da *Google* no processamento de dados pessoais é meramente económico^{122 123}, quando o Advogado-Geral refere que os interesses desta empresa vão para além do interesse económico, incluindo também o interesse de tornar a informação publicada na *Internet* mais fácil e eficazmente acessível aos seus utilizadores^{124 125}.

Face ao exposto, não nos parece correto afirmar que a decisão do TJ representa uma ameaça à liberdade de expressão, pela seguinte ordem de razões. Em primeiro lugar, há que analisar a decisão tendo em conta o concreto contexto da situação dirimida, sendo que a este propósito o Tribunal entendeu que se está perante uma ingerência de natureza grave nos direitos da pessoa em causa, considerando a natureza da informação, os meios através dos quais esta foi divulgada e o alto nível de proteção dos direitos fundamentais que a Diretiva pretende assegurar, em particular o direito à privacidade, nos termos do seu artigo 1.º.

Em segundo lugar, há que tomar em consideração que a informação em causa permaneceu intacta na fonte de origem, sendo possível encontrá-la utilizando na pesquisa conceitos específicos (ao invés de conceitos gerais sobre a pessoa em causa); assim, apenas se dificultou o seu acesso. Além disso, a privacidade não é necessariamente o oposto de liberdade de expressão – se todos nós sentirmos que controlamos a nossa informação, estaremos mais predispostos a partilhá-la, enquanto, pelo contrário, se soubermos que tudo o que fazemos e vemos *online* será acessível a todos e por tempo indefinido, mais facilmente nos autocensuraremos¹²⁶. Tendo em conta os argumentos apresentados, os efeitos da decisão no direito à liberdade de expressão revelam-se proporcionais¹²⁷.

a eficiência que apenas as novas tecnologias lhes conseguem proporcionar (em detrimento da proteção dos dados pessoais). Cfr. Gonçalves, 2003, p. 82.

¹¹⁹ Fleischer, 2012a.

¹²⁰ Na verdade, o mais correto será equiparar a decisão do TJ a manter um livro na estante de uma biblioteca e eliminar a única entrada do catálogo que se refere diretamente ao nome de determinado sujeito, enquanto as demais entradas no catálogo permanecem intocáveis – O’Hara, Shadbolt & Hall, 2016, p. 9.

¹²¹ Thierer, 2011.

¹²² Filipa Calvão apresenta uma teoria respeitante a esta temática: a de que poderemos estar perante uma transação económica em que se verifica uma “troca entre a prestação de serviços de pesquisa de informação (...) e a entrega de dados pessoais dos utilizadores do serviço”, sendo esta transação impercetível pelo comum internauta – Calvão, 2015, p. 77.

¹²³ Bunn, 2015, pp. 347-348.

¹²⁴ Conclusões do Advogado-Geral Niilo Jääskinen, paras. 95 e 132.

¹²⁵ No mesmo sentido, Irini Katsirea refere que o direito de liberdade de expressão de que os motores de pesquisa são titulares não deve ser entendido apenas como a capacidade de se expressar, mas também deve abranger a capacidade de atingir um público destinatário – Katsirea, 2017, pp. 128-129.

¹²⁶ Lindsay, 2012.

¹²⁷ O’Hara, 2015, pp. 77-78.

Um outro aspeto criticado consiste no facto de a *Google* ser colocada numa posição em que determina se os dados pessoais são “imprecisos, inadequados ou irrelevantes” e, subsequentemente, se devem ser removidos da sua lista de resultados, agindo como um verdadeiro juiz¹²⁸. Vozes críticas afirmam que este tipo de decisões não deve ser privatizado, na medida em que os motores de busca carecem da independência e imparcialidade que devem ser asseguradas sempre que uma decisão que afete o direito à privacidade e/ou liberdade de expressão de um indivíduo seja tomada¹²⁹, havendo quem entenda que está em causa uma autêntica privatização da justiça¹³⁰. No que concerne a este aspeto, ainda é criticada a ausência de transparência¹³¹ que envolve as aludidas decisões, porquanto o *modus operandis* da *Google* face aos pedidos que lhe são solicitados não é aberto ao público em geral¹³², nem toma em consideração os argumentos que a terceira parte – os criadores do conteúdo – poderão introduzir neste processo de decisão, especialmente quando se trata dos canais *media*^{133 134}.

Ademais, na ausência de jurisprudência adicional, assim como de orientações claras sobre como deverão os direitos à privacidade e à liberdade de expressão ser ponderados¹³⁵, as empresas sobre as quais recai a obrigação em causa sentir-se-ão incitadas a aceder automaticamente às solicitações de remoção da informação¹³⁶, de modo a evitarem responsabilidades jurídicas e a aplicação de coimas. Ora, dentro deste cenário, é altamente discutível se esta decisão não criará riscos significativos na proteção de Direitos Fundamentais, sobretudo do direito à liberdade de expressão que se encontra no lado oposto da presunção realizada pelo Tribunal de Justiça¹³⁷.

¹²⁸ Spahiu, 2015, pp. 694-695.

¹²⁹ Article 19, 2016, p. 17.

¹³⁰ Sebastio, 2015, p. 65.

¹³¹ Face à ausência de transparência nas decisões tomadas pelo motor de pesquisa, um grupo de 80 académicos redigiu uma carta endereçada à Google, através da qual solicitam mais informações quanto aos milhares de pedidos decididos pela empresa, de forma a analisar que tipo de informação contestada é geralmente desindexada (e o modo como foram balanceados os direitos em conflito na situação concreta) e aquela que não o é (e com base em que fundamentos). Para uma melhor resenha das pretensões destes académicos, consulte o texto da carta na sua íntegra em: <https://www.theguardian.com/technology/2015/may/14/dear-google-open-letter-from-80-academics-on-right-to-be-forgotten>.

¹³² Katsirea, 2017, pp. 134-135.

¹³³ O’Hara, Shadbolt & Hall, 2016, p. 11.

¹³⁴ Contudo, caso se informasse a entidade que publicou o conteúdo contestado, correr-se-ia o risco de esta identificar o mesmo e republicá-lo através de um novo URL, o que colocaria o conteúdo em causa fora do escopo da decisão – O’Hara, Shadbolt & Hall, 2016, p. 12.

¹³⁵ Seis meses após a decisão do TJ, o Grupo de Trabalho do Artigo 29.º (órgão consultivo constituído por representantes das Autoridades de Proteção de Dados de cada Estado-Membro, atualmente designado de Comité Europeu de Proteção de Dados) adotou orientações para auxiliar a implementação da decisão sobre o Caso C-131/12. Nestas orientações é apresentada a lista de critérios que as Autoridades de Proteção de Dados devem observar na análise das reclamações que lhes são apresentadas, na sequência da recusa de remoção de conteúdos pelos motores de pesquisa; não obstante, nenhum dos critérios elencados é, por si só, decisivo – Krošlák, 2015, pp. 62-63. Para uma melhor análise dos critérios adotados por este Grupo de Trabalho, consultar: <https://www.dataprotection.ro/servlet/ViewDocument?id=1080>.

¹³⁶ Botelho, 2017b, p. 71.

¹³⁷ Frantziou, 2014, p. 770.

3.5. Efetivo Direito ao Esquecimento ou mero Direito à Desindexação?

Sem descurar das críticas acima analisadas, pode dizer-se que a crítica mais expressiva direcionada à decisão do TJ é a de que não se trata, no caso em apreço, de um verdadeiro Direito ao Esquecimento. Peter Fleischer (Consultor Global da *Google* em matéria de Privacidade), num dos seus artigos, menciona que a eliminação de *links* da lista de resultados de um motor de busca não é um estrito Direito ao Esquecimento, mas antes uma espécie de manobra em torno deste, por dificultar o acesso às informações contestadas em lugar de as eliminar de facto¹³⁸.

Por seu turno, Viktor Mayer-Schönberger afirma que a omissão de conteúdos da lista de resultados da *Google* não representa o despertar de um efetivo Direito ao Esquecimento, tratando-se apenas de um direito à desindexação que se encontra em vigor há mais de duas décadas (à data da decisão) e que raríssimas vezes foi invocado pelos internautas europeus¹³⁹.

Eugenia Politou, Efthimios Alepis e Constantinos Patsakis entendem que a decisão de remover os *links* e não a informação em si não pode ser considerada como um esquecimento factual, na medida em que a informação permanece na *web*, podendo ser consultada por qualquer indivíduo que pretenda obter a informação, bastando, para tal, utilizar diferentes conceitos na sua pesquisa¹⁴⁰.

Por sua vez, Anna Bunn considera que a decisão em apreço confirma o âmbito do direito ao apagamento que, na sua ótica, se encontra ao dispor de um titular de dados ao abrigo da Diretiva, não se tratando, pois, de um Direito ao Esquecimento, mas de um mero direito a solicitar o apagamento dos dados em questão da lista de resultados de pesquisa do motor de busca¹⁴¹.

No mesmo sentido, Ignacio Cofone defende que o órgão jurisdicional realiza uma ampla interpretação dos artigos 12.º e 14.º da Diretiva, para sustentar que qualquer informação que não seja relevante viola o aludido preceito legal, podendo a sua eliminação ser solicitada pelos sujeitos. Não obstante, esta eliminação é feita através da invocação do Direito ao Apagamento, e não através de um Direito ao Esquecimento, sendo que a diferença central, no seu ponto de vista, entre estes direitos é que o último também inclui dados que não violam qualquer norma jurídica (por exemplo, informações legítimas que sejam embaraçosas para o indivíduo)¹⁴² – o que não se verifica nesta decisão.

Por último, Filipa Urbano Calvão entende que o TJ afirma um “direito de oposição ao tratamento de dados pessoais realizado pelo motor de pesquisa”, que não se poderá confundir com um direito de eliminação desses mesmos dados (previsto no artigo 12.º da Diretiva), uma vez que estes permanecem, ou poderão permanecer, na página *web* de origem¹⁴³.

¹³⁸ Fleischer, 2012b.

¹³⁹ Mayer-Schönberger, 2014.

¹⁴⁰ Alepis, Politou & Patsakis, 2018, pp. 9-13.

¹⁴¹ Bunn, 2015, p. 350.

¹⁴² Cofone, 2015, pp. 7-8.

¹⁴³ Calvão, 2015, pp. 75-76.

No fundo, o que os vários autores citados constatam é que, no âmbito do caso *Google Spain*, procedeu-se a uma mera desindexação da informação em causa no índice de resultados do motor de pesquisa, o que determinou o apagamento da informação relativa aos leilões realizados nesse âmbito restrito; deste modo, não estaríamos perante um efetivo e autêntico Direito ao Esquecimento, como difusamente foi rotulado.

Em sentido contrário ao elucidado, cremos que não há nesta decisão o apagamento definitivo de um determinado dado pessoal, mas antes uma restrição ao acesso de uma informação que, decorridos 16 anos, perdeu a sua utilidade para a sociedade em geral¹⁴⁴, não significando isto que não estejamos perante um factual Direito ao Esquecimento. Num cenário em que grande parte do conhecimento mundial se encontra à distância de um clique, os motores de pesquisa tornaram-se necessidades básicas, sem as quais as informações se revelariam quase impossíveis de obter¹⁴⁵.

Contudo, a instantânea disponibilidade de informação implica um elevado preço – a apresentação através da pesquisa pelo nome de um determinado indivíduo de um “perfil não fidedigno, unidimensional e exógeno do ser humano meramente em função da sua pegada digital” (Botelho, 2017c), que poderá prejudicar gravemente a dignidade e a reserva da vida privada de um sujeito, tal como se verificou no caso em análise. Neste sentido, parece-nos que a desindexação da informação referente a Costeja no índice de resultados do motor de pesquisa assegura o que o Direito ao Esquecimento pretende garantir – fortalecer os direitos dos utilizadores da *Internet* e suprir a falta de controlo destes sobre os seus dados pessoais¹⁴⁶, não havendo justificação para considerar que a decisão do TJ não incide sobre o Direito ao Esquecimento.

De outro modo, estaríamos a prosseguir uma visão extremada deste direito, ao deduzir que apenas na situação em que se verificasse uma eliminação definitiva e total de uma determinada informação em todos os conteúdos da *web* onde esta se encontrasse é que estaríamos perante um verdadeiro Direito ao Esquecimento. A solução encontrada pelo Tribunal é a única solução que, na prática, garante da forma mais eficaz o desaparecimento dos dados pessoais da visão pública – a supressão da informação de um modo que não interfere com a sua fonte original, mas que apenas limita a sua *findability*, reduzindo o seu significado na era digital¹⁴⁷; isto porque o conteúdo tornado público na página *web* original constitui uma interferência menos significativa nos direitos fundamentais do titular, face à sua disseminação através de um motor de pesquisa¹⁴⁸. Além do mais, como será analisado nas Conclusões do presente trabalho, uma eliminação total e definitiva de uma determinada informação contida na *Internet* não se revela exequível no mundo do *Big Data* em que nos encontramos, dada a facilidade com que pode ser republicada em outras fontes *online*.

Como última nota, cremos que se revela imprescindível ter presente a ideia de que uma eliminação total de determinada informação poderia originar a emergência gra-

¹⁴⁴ Botelho, 2017c.

¹⁴⁵ Article 19, 2016, pp. 4-5.

¹⁴⁶ Iglezakis, 2014, p. 2.

¹⁴⁷ MacKinnon et al., 2014, pp. 117-118.

¹⁴⁸ Iglezakis, 2014, p. 9.

dual de um “buraco na memória”¹⁴⁹, que permitiria a qualquer indivíduo reescrever a sua história ao solicitar o desaparecimento de certos aspetos que menos lhe conviessem, e perpetuar, por outro lado, outras informações que pretendesse guardar para a posteridade¹⁵⁰. Por outras palavras, não é pretensão desta regra jurídica aplicável em matéria de Proteção de Dados Pessoais assegurar um direito a proceder ao apagamento da História, de forma a censurar determinadas referências negativas e/ou embaraçosas que contendam com a esfera pessoal de um sujeito.

4. O Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados Pessoais

4.1. A necessidade de reforma da legislação europeia em matéria de Proteção de Dados Pessoais

Aquando da entrada em vigor da Diretiva n.º 95/46/CE, a *Internet* dava os seus primeiros passos¹⁵¹, não tendo ainda sido criadas as atuais gigantes empresas tecnológicas, como a *Google*¹⁵². Assim, facilmente se compreenderá que a vertiginosa expansão dos avanços tecnológicos e a globalização¹⁵³ que se observou na última década tenham tornado a Diretiva num instrumento jurídico desatualizado e obsoleto¹⁵⁴, que já não responde de modo eficiente aos novos desafios que foram surgindo com as recentes e aprimoradas formas de tratamento e recolha de dados pessoais que se verificam numa realidade marcada pela ubiquidade da *web*. De acrescentar ainda que a aplicação da Diretiva pelos Estados-Membros mostrava-se consideravelmente fragmentada e desuniforme¹⁵⁵, havendo países que optaram por uma transposição mais meticulosa, enquanto outros optaram por uma transposição mais superficial da mesma¹⁵⁶, o que acabou por originar um certo sentimento de insegurança jurídica e de desconfiança por parte da opinião pública¹⁵⁷.

Face ao exposto, revelava-se de primordial importância reformar a legislação europeia, por forma a harmonizar, reforçar e precisar¹⁵⁸ as regras jurídicas aplicáveis ao nível da União Europeia em matéria de Proteção de Dados Pessoais¹⁵⁹. Foi precisamente neste contexto que surgiu o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, fruto de um longo processo que se iniciou ainda no ano de 2009¹⁶⁰, numa primeira fase que culminou, em

¹⁴⁹ Katsirea, 2017, pp. 145-146.

¹⁵⁰ Botelho, 2017b, pp. 69-70.

¹⁵¹ Raimundo, 2012.

¹⁵² A Google foi fundada em 1998.

¹⁵³ Considerando 6 do RGPD.

¹⁵⁴ Botelho, 2017b, p. 54.

¹⁵⁵ Considerando 9 do RGPD.

¹⁵⁶ Botelho, 2017b, p. 54.

¹⁵⁷ Considerando 9 do RGPD.

¹⁵⁸ Um dos reflexos da maior precisão observada no âmbito das regras jurídicas europeias sobre a Proteção de Dados Pessoais previstas no RGPD traduz-se num maior número de artigos previstos neste instrumento jurídico – 99 artigos comparativamente aos 34 artigos que compunham a revogada Diretiva, para além das inúmeras Orientações já publicadas que pretendem auxiliar a tarefa de interpretação daqueles. Para uma melhor resenha consultar, Pouillet, 2018, pp. 773-774.

¹⁵⁹ Considerando 10 do RGPD.

¹⁶⁰ Hert & Papakonstantinou, 2016, p. 180. Os aludidos autores consideram que a escolha do instrumento legal – um Regulamento em detrimento de uma Diretiva, como se verificava previamente – é, possivelmente, a mais importante contribuição em matéria de legislação de Proteção de Dados Pessoais na União Europeia (p. 182).

2012, com a apresentação pela Comissão Europeia da sua Proposta de Regulamento¹⁶¹, a qual foi objeto de múltiplas propostas de alteração antes da sua entrada em vigor, cinco anos depois, a 25 de maio de 2016, com um período transitório de dois anos – oficialmente o Regulamento entrou em aplicação apenas a 25 de maio de 2018.

4.2. O artigo 17.º, do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados Pessoais

Envolto em polémica¹⁶², o artigo 17.º, n.º 1, do Regulamento prevê, de forma expressa, o Direito ao Esquecimento, o qual garante ao titular de dados pessoais “o direito de obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais”, tendo este último “a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada” nas situações descritas nas alíneas a) a f) do citado artigo¹⁶³.

Numa primeira análise, o artigo 17.º não aparenta representar uma mudança revolucionária¹⁶⁴ face aos já explanados artigos da revogada Diretiva, em virtude de a principal prescrição do artigo em causa poder ser considerada análoga ao que já se encontrava previsto no artigo 12.º da Diretiva. No nosso entendimento, a construção textual similar do artigo face ao que já constava da revogada Diretiva apenas reforça a posição de que o Direito ao Esquecimento não é um direito criado *ex novum* pelo Regulamento, verificando-se uma sobreposição entre o que se encontra consagrado atualmente no RGPD e o que o TJ reconheceu no caso *Google Spain*, tendo por base o disposto na precedente Diretiva.

O que o artigo introduzido pelo Regulamento apresenta de inovador é a extensão da proteção que garante ao titular de dados, e não o direito, em si próprio, que prevê no texto do seu corpo. Neste escopo, no sentido de robustecer o Direito ao Esquecimento num ambiente digital em que proliferam novas formas de disseminação de informação, o âmbito do direito é ampliado através da imposição da adoção de medidas razoáveis¹⁶⁵ – tendo em conta a tecnologia e os meios disponíveis – ao responsável pelo tratamento de dados que os tenha tornado públicos, de modo a que este informe os responsáveis que estejam a tratar, efetivamente, esses dados, de que o titular dos dados solicitou a eliminação de ligações ou cópias/reproduções dos mesmos, como determina o n.º 2 do supracitado artigo.

¹⁶¹ Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (regulamento geral sobre a proteção de dados), COM (2012) 11 final, 25/jan/2012.

¹⁶² Pinto, 2015.

¹⁶³ De entre as quais se inclui, a título meramente exemplificativo, a ausência de necessidade de tratamento face à finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento, a retirada de consentimento por parte do titular de dados, a ilicitude do tratamento de dados pessoais, a oposição do titular de dados ao seu tratamento sem que se verifiquem interesses legítimos prevaletentes que o justifiquem, ou a oposição ao tratamento de dados com base no artigo 21.º, n.º 2, do mesmo Regulamento.

¹⁶⁴ Mantelero, 2013, p. 233.

¹⁶⁵ Considerando 66 do RGPD.

4.3. O artigo 17.º do Regulamento e o caso Google Spain – o que permanece?

Dentro do âmbito deste n.º 2, estão compreendidos, entre outras entidades, os motores de pesquisa¹⁶⁶, na medida em que estes, através dos seus índices de pesquisa, apresentam ligações para conteúdos da *web* que contêm dados que se qualificam como pessoais, sendo diretamente responsáveis pela disseminação deste tipo de informações.

No entanto, caso o responsável pelos dados pessoais a quem tenha sido solicitado o apagamento de determinado dado invoque que tal não se afigura como uma medida razoável em termos económicos e/ou tecnológicos, o titular de dados pessoais poderá sempre recorrer, graças à jurisprudência do Tribunal de Justiça, ao motor de pesquisa que, no Acórdão supra analisado, foi qualificado como responsável pelo tratamento desses dados pessoais, encontrando-se, por tal, juridicamente vinculado a proceder à eliminação de determinada página *web* da sua lista de resultados.

De facto, é de grande interesse, em matéria de Proteção de Dados Pessoais, manter presente a ideia de que o titular de dados pode exercer diretamente o seu direito junto do motor de busca, sem necessariamente ter de recorrer ao responsável pelo tratamento de dados – o criador do conteúdo *web* –, já que poderá ser inexecutável para um determinado responsável que tenha tornado público certos dados informar todos os terceiros que tratem as informações pessoais contestadas, de que o seu titular invocou o direito ao esquecimento. Tal decorre do facto de, nesta era digital, qualquer informação poder ser disseminada e reproduzida em incontáveis páginas *web* a uma velocidade alucinante, como será demonstrado *infra*.

4.4. Direito ao Esquecimento e suas exceções – o artigo 17.º, n.º 3

Um outro aspeto bem consolidado no Acórdão aludido¹⁶⁷ consiste no facto de o Direito ao Esquecimento não ser concebido como um direito absoluto, apresentando exceções que se encontram enumeradas no n.º 3 do artigo 17.º do RGPD¹⁶⁸. De entre as exceções prescritas destacamos a seguinte – o Direito ao Esquecimento não se aplica “na medida em que o tratamento se revele necessário: ao exercício da liberdade de expressão e de informação”. Esta exceção, relativa às liberdades de expressão e de informação, pretende fazer face às críticas direcionadas a este “direito à privacidade digital”¹⁶⁹, que consideram que a consagração expressa de tal direito representa uma ameaça à liberdade de expressão, sendo que qualquer conteúdo que tenha sido divulgado no âmbito de uma atividade jornalística, a título de exemplo, será protegido por esta exceção.

¹⁶⁶ Iglezakis, 2014, pp. 3-4.

¹⁶⁷ Ver pp. 18-19.

¹⁶⁸ Nos termos do n.º 3 do artigo 17.º, “os n.ºs 1 e 2 não se aplicam na medida em que o tratamento se revele necessário: a) Ao exercício da liberdade de expressão e de informação; b) Ao cumprimento de uma obrigação legal (...); c) Por motivos de interesse público no domínio da saúde pública (...); d) Para fins de arquivo de interesse público, para fins de investigação científica ou histórica ou para fins estatísticos (...); ou e) Para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial”.

¹⁶⁹ Pollicino & Romeo, 2016, p. 247.

Note-se que caberá a cada Estado-Membro, conforme previsto no artigo 85.º do Regulamento, implementar, a nível nacional, legislação que permita conciliar o direito à proteção de dados pessoais com o direito à liberdade de expressão e informação, o que inclui “o tratamento para fins jornalísticos”¹⁷⁰, sendo para tal necessário estabelecer derrogações ou isenções relativamente ao disposto no artigo 17.º (entre outros artigos). Poderá questionar-se, assim, se os responsáveis pelo tratamento de dados pessoais poderão argumentar que será possível reter até mesmo material que tenha sido processado ilegalmente ou que não seja mais necessário à luz dos objetivos para os quais foi recolhido¹⁷¹. A resposta a tais questões dependerá, diretamente, das exceções ou derrogações que serão criadas ao abrigo do artigo 85.º, tornando-se claro, assim, que os legisladores dos Estados-Membros deverão legislar de forma cautelosa, de modo a não desequilibrar excessivamente a balança que compreende os direitos fundamentais em causa.

Conclusões

Retomando o caso de Orlando e de Mário que apresentamos na Introdução do presente trabalho, impõe-se referir que é do nosso entendimento que as referidas situações seriam tanto tuteladas pelo Novo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados Pessoais – que entrou em vigor em 2018 –, como pela Diretiva que o antecedeu, em virtude de se encontrar um Direito ao Esquecimento em ambos os diplomas abordados. No entanto, este direito só se encontra expressamente previsto no Regulamento, não se tratando, por tal, de um direito criado *ex novum*, como cremos que, incorretamente, foi apontado por vários autores, mas antes da sobreposição de um Direito que já constava da legislação europeia em matéria de Proteção de Dados Pessoais – mais concretamente, de uma lei-tura conjunta dos artigos 6.º e 12.º da Diretiva.

Neste seguimento, Orlando poderia – e continua a poder – solicitar que a sua fotografia seja retirada da rede social em causa¹⁷², exercendo o seu direito a ser esquecido, de forma a que a referida imagem não lhe proporcione maiores prejuízos e que a sua privacidade seja protegida contra eventuais intromissões. Igualmente, Mário poderia solicitar ao motor de pesquisa – e permanece com essa faculdade ao seu dispor – que retirasse a mencionada ligação do seu índice de resultados, de modo a que o acesso à informação em causa fosse restringido, tal como se verificou no Acórdão *Google Spain* já amplamente citado ao longo da presente dissertação.

Tal resulta diretamente do facto de o Direito ao Esquecimento poder exibir múltiplas e variadas facetas, de maneira a fazer face aos diversificados e complexos desafios que se levantam num quotidiano imerso em tecnologias de informação que permitem uma partilha e disseminação incessante e imediata de conteúdos, acoplada a um armazenamento ilimitado de informação que, em muito, poderá lesar a reserva da nossa vida privada – sendo que este fenómeno é, precisamente, o motivo subjacente a este Direito ter adquirido gradualmente maior proeminência e merecido uma maior atenção por

¹⁷⁰ Artigo 85.º, n.º 1, do RGPD.

¹⁷¹ Bunn, 2015, p. 350.

¹⁷² Ainda que a situação referida levante maiores dificuldades na aplicação prática deste Direito.

parte da sociedade em geral¹⁷³. Tendo em mente os contornos da era digital em que nos encontramos, somos inteiramente da opinião de que a decisão do Tribunal de Justiça sobre o caso suprarreferido trata de um efetivo e autêntico Direito ao Esquecimento, não sendo meramente a eliminação, *strictus sensus*, de uma determinada informação, a única forma possível de se implementar este direito.

Na verdade, o Direito sobre o qual nos debruçamos é considerado por diversos autores como uma figura jurídica que se situa perto da fronteira do impossível¹⁷⁴, tratando-se de um mero desejo ficcional, uma vez que o quadro legislativo atual não está preparado para lidar com os desafios, já referenciados, que as novas tecnologias vão trazendo. Verifica-se neste contexto um confronto direto entre as boas intenções do legislador – materializadas em leis elaboradas de um ponto de vista abstrato e meramente teórico – e a complexidade subjacente ao ambiente tecnológico com que nos deparamos. De facto, a letra do artigo 17.º do Regulamento aparenta indicar no sentido do apagamento, *strictus sensus*, de uma determinada informação ou de um determinado arquivo que contenha dados pessoais como se da destruição de um objeto físico se tratasse, quando tal não se afigura exequível, numa perspetiva prática, no mundo digital. Quando um determinado sujeito requer que certa informação pessoal seja apagada, tal equivale, metaforicamente, a solicitar que os demais esqueçam a referida informação. Ora, numa dimensão *online* não é possível verificar, com relativa facilidade, a aplicação desta metáfora, já que o modo de funcionamento da memória humana e computacional em muito se distingue, sendo a eliminação de *data* nos sistemas atuais de extrema complexidade¹⁷⁵.

Todavia, tal factualidade não pode resultar numa atitude de prostração face a este direito. Nas palavras do Prof. Luís Antunes, o que se verifica não é um problema de falta de soluções, mas antes a ausência de desafio e estímulo no âmbito da inovação e criação de soluções tecnológicas que permitem implementar de forma eficaz este direito¹⁷⁶, sendo este desafio bem mais simples do que os que já foram ultrapassados, a título de exemplo, a nível da condução automática e medicina personalizada – inovações das quais estamos muito próximos na atualidade.

Como último ponto, impõe-se dar enfoque ao facto de que, precisamente por não ser, de momento, de fácil implementação uma versão, *strictus sensus*, do Direito ao Esquecimento, releva-se ainda de maior utilidade prática a jurisprudência do TJ do caso *Google Spain*, porquanto este motor de pesquisa é atualmente o meio mais amplamente difundido de acesso a informação que conhecemos; assim, solicitar o esquecimento de informação que nos diz respeito a esta entidade equivale, em grande medida, a solicitar o apagamento dessa informação do conhecimento público.

Posto isto, enquanto aparentemente são utilizados dois idiomas distintos na abordagem jurídica e tecnológica de conceitos como a eliminação de dados pessoais, a jurisprudência do TJ surge como uma solução que possibilita estabelecer a ponte entre estas

¹⁷³ Villaronga, Kieseberg & Li, 2018, pp. 304-305.

¹⁷⁴ Politou et al., 2018, pp. 1249-1254.

¹⁷⁵ Villaronga, Kieseberg & Li, 2018, pp. 307-308.

¹⁷⁶ Discurso do Professor Doutor Luís Antunes na sua apresentação no âmbito do Seminário “Teorias e Práticas: Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados”, organizado pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, no dia 30 de novembro de 2018.

áreas, parecendo-nos certo que algo que não será *esquecido* tão cedo é a decisão C-131/12 do Tribunal de Justiça. Concomitantemente, não poderá ser desvalorizado o grande passo que a previsão expressa do Direito ao Esquecimento no artigo 17.º do RGPD – instrumento jurídico diretamente aplicável em todo o território da UE, recorde-se – representa, em termos de consolidação da defesa do nosso direito à proteção de dados pessoais, apesar de todas as suas limitações de carácter prático.

Referências bibliográficas

ALEPIS, E., POLITOU, E., & PATSAKIS, C. (2018). Forgetting personal data and revoking consent under the GDPR: Challenges and proposed solutions. *Journal of Cybersecurity*, vol. 4, no. 1, pp. 1-20.

AMBROSE, M.L. (2014). Speaking of forgetting: Analysis of possible non-EU responses to the right to be forgotten and speech exception. *Telecommunications Policy*, vol. 38, no. 8-9, pp. 800-811.

ANDRADE, N.N.G. (2012). Oblivion: The right to be different ... from oneself. Reproposing the right to be forgotten. *Revista de Internet, Derecho y Política*, no. 13, pp. 122-137.

ANDRÁS, S., & CLARE, R. (2016). Judicial reasoning and new technologies: framing, newness, fundamental rights and the internet. *The Internet and Constitutional Law – The protection of fundamental rights and constitutional adjudication in Europe*, Parte I, Sección 1, 1, pp. 3-25.

AUSLOOS, J. (2012). The “right to be forgotten” – Worth remembering? *Computer Law & Security Review*, vol. 28, no. 2, pp. 143-152.

BANNON, L.J. (2007). Forgetting as a feature, not a bug: The duality of memory and implication for ubiquitous computing. *CoDesign – International Journal of CoCreation in Design and the Arts*, vol. 2, no. 1, pp. 3-15.

BARTOLINI, C. & LAWRENCE, S. (2016). The right to be forgotten in the light of the consent of the data subject. *Computer Law and Security Review*, vol. 32, no. 2, pp. 218-237.

BERNAL, P.A. (2011). A right to delete? *European Journal of Law and Technology*, vol. 2, no. 2, pp. 1-2.

BLANCHETTE, J. & JOHNSON, D.G. (2002). Data retention and the panoptic society: The social benefits of forgetfulness. *The Information Society: An International Journal*, vol. 18, no. 1, pp. 33-45.

BOTELHO, C.S. (2017). Aspirational constitutionalism, social rights prolixity and judicial activism: trilogy or trinity? *Comparative Constitutional Law and Administrative Law Quarterly*, no. 3.4, pp. 62-81.

BOTELHO, C.S. (2017). Novo ou velho direito? – O direito ao esquecimento e o princípio da proporcionalidade no constitucionalismo global. *Ab Instantia*, vol. 7, pp. 49-71.

BUNN, A. (2015). The curious case of the right to be forgotten. *Computer Law & Security Report*, vol. 31, no. 3, pp. 336-350.

CALVÃO, F.U. (2015). A Proteção de dados pessoais na internet: desenvolvimentos recentes. *Revista de Direito Intelectual*, n.º 2, pp. 67-84.

CALVÃO, F.U. (2018). *Direito da Proteção de Dados Pessoais – Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino da disciplina*. Porto: Universidade Católica Portuguesa.

CANOTILHO, J.G., & MOREIRA, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

COFONE, I. (2015). Google v. Spain: A right to be forgotten? *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law*, vol. 15, no. 1, pp. 3-8.

DÖHMANN, I.S. (2015). A new framework for information markets: Google Spain. *Common Market Law Review*, vol. 52, no. 4, pp. 1033-1058.

FRANTZIOU, E. (2014). Further developments in the right to be forgotten: The European Court of Justice's judgment in Case C-131/12, Google Spain, SL, Google Inc v Agencia Española de Protección de Datos. *Human Rights Law Review*, vol. 14, no. 4, pp. 761-777.

GONÇALVES, M.E. (2003). *Direito da informação: Novos direitos e formas de regulação na sociedade de informação*. Coimbra: Almedina.

GORJÃO-HENRIQUES, M. (2014). *O Direito da União – História, cidadania, mercado interno e concorrência*, 7.^a edição. Coimbra: Almedina.

HALLINANA, D., FRIEDEWALDA, M., & MCCARTH, P. (2012). Citizens' perceptions of data protection and privacy in Europe. *Computer Law & Security Review*, vol. 28, no. 3, pp. 263-272.

HERT, P. & PAPAKONSTANTINO, V. (2016). The new General Data Protection Regulation: Still a sound system for the protection of individuals? *Computer Law & Security Review*, vol. 32, no. 2, pp. 179-194.

IGLEZAKIS, I. (2014). The right to be forgotten in the Google Spain Case (case C-131/12): A clear victory for data protection or an obstacle for the Internet? *SSRN Electronic Journal*.

IGLEZAKIS, I., & POLITIS, D. (2014). Digital forgetting in the age of social media: The forensics for establishing a comprehensive right to cyber-oblivion. *International Conference on Interactive Mobile Communication Technologies and Learning*, pp. 274-279.

JONES, M.L., & AUSLOOS, J. (2013). The right to be forgotten across the pond. *Journal of Information Policy*, vol. 3, pp. 1-23.

KATSIREA, I. (2017). Search engines and press archives between memory and oblivion. *European Public Law*, vol. 24, no. 1, pp. 125-146.

KOOPS, B. (2011). Forgetting footprints, shunning shadows. A critical analysis of the “right to be forgotten” in big data practice. *SCRIPTed*, vol. 8, no. 3, pp. 229-256.

KORENHOF, P. (2013). Forgetting bits and pieces: An exploration of the “right to be forgotten” as implementation of ‘forgetting’ in Online Memory Processes. *Tilburg Law School Legal Studies Research Paper*, no. 014/2013.

KROŠLÁK, D. (2015). Practical implementation of the right to be forgotten in the context of the Google Spain Decision. *Communication Today*, vol. 6, no. 1, pp. 58-70.

MACKINNON, R. et al. (2014). Fostering freedom online: The role of internet intermediaries. *Unesco Series on Internet Freedom*.

MALHEIROS, J.V. (2015). Um mundo de coisas a esconder. *Fórum de Proteção de Dados*, n.º 1, pp. 8-14.

MANTELERO, A. (2013). The EU Proposal for a General Data Protection Regulation and the roots of the “right to be forgotten”. *Computer Law & Security Review*, vol. 29, no. 3, pp. 229-235.

MAYER-SCHÖNBERGER, V. (2009). *Delete: The virtue of forgetting in the digital age*. Oxford: Princeton University Press.

MCGOLDRICK, D. (2013). Developments in the Right to be Forgotten. *Human Rights Law Review*, vol. 13, no. 4, pp. 761-776.

MIR, J.B., & BASSINI, M. (2016). Freedom of expression in the internet: main trends of the case law of the European Court of Human Rights. In O. Pollicino & G. Romeo, *The Internet and Constitutional Law – The protection of fundamental rights and constitutional adjudication in Europe*, Parte I, Secção 2, no. 4. Londres: Routledge.

NIETZSCHE, F. (1874). *On the use and abuse of history for life*, vol. 2. *Untimely Meditations*. Leipzig, Germany: E. W. Fritzsche.

O'HARA, K. (2015). The Right to Be Forgotten: The good, the bad, and the ugly. *IEEE Internet Computing*, vol. 19, no. 4, pp. 73-79.

O'HARA, K., SHADBOLT, N., & HALL, W. (2016). A pragmatic approach to the right to be forgotten. *Global Commission on Internet Governance Paper Series*, no. 26, pp. 3-12.

PINTO, J.F. (2015). *Direito ao Esquecimento Digital 2.0: Motores de busca da Internet após o Acórdão Google Spain (C-131/12)*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Segurança da Informação e Direito do Ciberespaço na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

POLITOU, E., et al. (2018). Backups and the right to be forgotten in the GDPR: An uneasy relationship. *Computer Law & Security Review*, vol. 34, no. 6, pp. 1247-1257.

POLLICINO, O. & ROMEO, G. (2016). Concluding remarks: internet law, protection of fundamental rights and the role of constitutional adjudication. In *The internet and constitutional law – The protection of fundamental rights and constitutional adjudication in Europe*. Londres: Routledge.

POULLET, Y. (2018). Is the general data protection regulation the solution? *Computer Law & Security Review*, vol. 34, no. 4, pp. 773-778.

RAIMUNDO, J. (2012). *Uma nova frente de proteção de dados pessoais: A (im)possibilidade de assegurar um eventual direito ao esquecimento*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Direito na Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

REDING, V. (2011). The upcoming data protection reform for the European Union. *International Data Privacy Law*, vol. 1, no. 1, pp. 3-5.

RICŒUR, P. (2006). *Memory, history, forgetting*. Chicago: The University of Chicago Press.

ROSEN, J. (2011). Free speech, privacy and the web that never forgets. *J. on Telecomm & High-Tech L.*, vol. 9, pp. 345-356.

ROUVROY, A. (2008). *Réinventer l'art d'oublier et de se faire oublier dans la société de l'information? La sécurité de l'individu numérisé. Réflexions prospectives et internationales*. Paris: L'Harmattan.

SANCHO-VILLA, D. (2015). Developing search engine law: it is not just about the right to be forgotten. *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 42, no. 4, pp. 357-382.

SEBASTIO, A. (2015). The online right to be forgotten in the European justice evolution. *International Journal of Management, Knowledge and Learning*, vol. 4, no. 1, pp. 59-68.

SIMMONS, N. (2014). Forget me not? Europe's "right to be forgotten" in the Google age. *Business Law Review*, vol. 35, no. 6, pp. 202-206.

SOLOVE, D. (2007). *The future of reputation: Gossip, rumor and privacy on the Internet*. Londres: Yale University Press.

SPAHIU, I. (2015). Case note: Google Spain and Google. *European Public Law*, vol. 21, no. 4, pp. 691-702.

VILLARONGA E.F., KIESEBERG, P., & LI, T. (2018). Humans forget, machines remember: artificial intelligence and the right to be forgotten. *Computer Law & Security Review*, vol. 34, no. 2, pp. 304-313.

WALKER, R. K. (2012). Note – The right to be forgotten. *Hastings Law Journal*, vol. 64, no. 1, pp. 257-286.

XANTHOULIS, N. (2012). Conceptualizing a right to oblivion in the digital world: A human rights-based approach. *SSRN Electronic Journal*.

Yan, Z. (2013). *The right to be forgotten as a new challenge of human rights: analyzing its functioning in the personal data protection*. Trabalho desenvolvido no âmbito do mestrado em Direitos Humanos e Democratização na Universidade Católica de Leuven.

Fontes eletrônicas

AMANN, M. et al. (20 de maio de 2014). Europe: 1, Google: 0 – EU Court ruling a victory for privacy. *Spiegel*. Retirado de: <http://www.spiegel.de/international/business/court-imposes-right-to-be-forgotten-on-google-search-results-a-970419.html>.

BOTELHO, C.S. (28 de maio de 2017). E-esquecimento: os europeus são de Vénus e os americanos de Marte? *Observador*. Retirado de: <https://observador.pt/opiniaao/e-esquecimento-os-europeus-sao-de-venus-e-os-americanos-de-marte/>.

CADWALLADR, C. & GRAHAM-HARRISON, E. (17 de março de 2018). Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach. *The Guardian*. Retirado de: <https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election>.

CHAMBERS, M. & VASSELL-ADAMS, G. (16 de maio de 2014). Case Comment: Google Spain SL, Google Inc v. Agencia Espanola de Proteccion de Datos, Mario Costeja González. *Eutopia Law*. Retirado de: <https://eutopialaw.com/2014/05/16/case-comment-google-spain-sl-google-inc-v-agencia-espanola-de-proteccion-de-datos-mario-costeja-gonzalez/>.

COMISSÃO EUROPEIA (3 de abril de 2012). *Why do we need an EU Data Protection Reform?* Retirado de: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/de49b278-bdoa-46c7-9a35-95a8ddb83f5e>.

--- (março de 2015). *Special Eurobarometer 431. Data protection report*, Retirado de: http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_431_en.pdf.

CROWTHER, H., & WATTS, M. (30 de janeiro de 2015). What can we learn from the EU Court of Justice's decision in Google v Costeja? *Who'sWhoLegal*. Retirado de: <https://whoswholegal.com/features/what-can-we-learn-from-the-eu-court-of-justices-decision-in-google-v-costeja>.

DCI (16 de janeiro de 2018). Infographic: Predicting consumer behavior with data analytics. *Dotcominfoway*. Retirado de: <https://www.dotcominfoway.com/blog/infographic-predicting-consumer-behavior-with-data-analytics>.

GOOGLE (2018). From the garage to the Googleplex. *Our Stories*. Retirado de: <https://www.google.com/about/our-story/>.

FLEISCHER, P. (9 de março de 2011). *Foggy thinking about the right to oblivion*. Peter Fleischer: Privacy...? Retirado de: <http://peterfleischer.blogspot.com/2011/03/foggy-thinking-about-right-to-oblivion.html>.

--- (29 de janeiro de 2012). *The right to be forgotten, or how to edit your history*. Peter Fleischer: Privacy...? Retirado de: <http://peterfleischer.blogspot.com/2012/01/right-to-be-forgotten-or-how-to-edit.html>.

LASICA, J.D. (25 de novembro de 1988). The Net never forgets. *Salon*. 25/11/1988. Retirado de: https://www.salon.com/1998/11/25/feature_253/.

LINDSAY, D. (20 fevereiro 2012). *The “right to be forgotten” is not censorship*. Monash University. Retirado de: <https://www.monash.edu/news/opinions/the-right-to-be-forgotten-is-not-censorship>.

LYNSKEY, O. (13 de maio de 2014). Rising like a phoenix: The “right to be forgotten” before the ECJ. *The European Blog*. Retirado de: <http://europeanlawblog.eu/?p=235>.

MARR, B. (21 de maio de 2018). How much data do we create every day? The mind-blowing stats everyone should read. *Forbes*. Retirado de: <https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2018/05/21/how-much-data-do-we-create-every-day-the-mind-blowing-stats-everyone-should-read/#760aa50960ba>.

MAYER-SCHÖNBERGER, V. (13 de maio de 2014). Omission of search results is not a “right to be forgotten” or the end of Google. *The Guardian*. Retirado de: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2014/may/13/omission-of-search-results-no-right-to-be-forgotten>.

PALMER, M. (03 de novembro de 2006). *Data is the new oil*. Ana Marketing Maestros. Retirado de: https://ana.blogs.com/maestros/2006/11/data_is_the_new.html.

REDING, V. (22 de janeiro de 2012). *The EU data protection reform 2012: Making Europe the standard setter for modern data protection rules in the digital age*. European Commission. Retirado de: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/12/26>.

SOLOVE, D. (29 de abril de 2009). Justice Scalia’s dossier: Interesting issues about privacy and ethics. *Concurring Opinions*. Retirado de: http://www.concurringopinions.com/archives/2009/04/justice_scalias_2.html.

SMITH, M. (26 de fevereiro de 2018). *Updating our “right to be forgotten” – Transparency Report*. Retirado de: <https://blog.google/around-the-globe/google-europe/updating-our-right-be-forgotten-transparency-report/>.

SULLIVAN, D. (8 de agosto de 2012). *Google: 100 billion searches per month, search to integrate Gmail, launching enhanced search app for iOS*. *Search Engine Land*. Retirado de: <https://searchengineland.com/google-search-press-129925>.

THIERER, A. (17 de abril de 2011). Erasing our past on the internet. *Forbes*. Retirado de: <https://www.forbes.com/sites/adamthierer/2011/04/17/erasing-our-past-on-the-internet/#3bcc35115991>.

TOOBIN, J. (29 de setembro de 2014). The Solace of Oblivion – In Europe, the right to be forgotten trumps the Internet. *New Yorker*. Retirado de: <https://www.newyorker.com/magazine/2014/09/29/solace-oblivion>.

TYNAN, D. (12 de outubro de 2018). Facebook says 14m accounts had personal data stolen in recent breach. *The Guardian*. 12/out/2018. Retirado de: <https://www.theguardian.com/technology/2018/oct/12/facebook-data-breach-personal-information-hackers>.

Jurisprudência

Tribunal de Justiça¹⁷⁷

Acórdão *AEPD c. Mario Costeja González*, processo C-131/12, de 13 de maio de 2014.

Acórdão *Bodil Lindqvist*, processo C-101/01, de 6 de novembro de 2003.

Acórdão *Tietosuojavaltuutettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy*, processo C73/07, de 16 de novembro de 2008.

¹⁷⁷ A jurisprudência citada pode ser consultada em <https://curia.europa.eu/>.

Acórdão *Institut professionnel des agents immobiliers c. Geoffrey Englebert, Immo 9 SPRL, Grégory Francotte*, processo C473/12, de 7 de novembro de 2013.

Acórdão *eDate Advertising GmbH c. Olivier Martinez*, processo C509/09, de 25 de outubro de 2011.

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem¹⁷⁸

Acórdão *Conceição Leiria c. Portugal*, processo n.º 4049/08, de 12 de abril de 2011.

Acórdão *Times Newspapers Ltd c. Reino Unido*, processo n.º 6538/74, de 10 de março de 2009.

Acórdão *Ahmet Yildirim c. Turkey*, processo n.º 3111/10, de 18 de dezembro de 2012.

Tribunal Distrital de Hamburgo

Sentença do Tribunal Distrital de Hamburgo de 24 de janeiro de 2014, processo n.º 324 O 264/11. Retirado: <https://openjur.de/u/674344.html>.

Corte di Cassazione

Sentença n.º 3679 da III Secção Civil da Corte di Cassazione, de 9 de Abril de 1998.

¹⁷⁸ A jurisprudência citada pode ser consultada em <https://hudoc.echr.coe.int/>.

Deficiências do artigo 164.º do Código Penal
à luz da Convenção de Istambul
Consentimento versus Constrangimento

Gil Duarte Miranda Ribeiro

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

Agradecimentos

À minha orientadora, por toda a ajuda, paciência e disponibilidade.
Aos meus pais, pelo sacrifício e investimento na minha formação.

*“Que nada nos defina, que nada nos
sujeite.
Que a liberdade seja a nossa própria
substância, já que viver é ser livre.”*
Simone de Beauvoir

Resumo

Esta dissertação incidirá no crime de violação, com especial foco nas últimas alterações legislativas que prescindiram da necessidade de recurso a determinados meios típicos de constrangimento da vítima. Estas alterações decorreram do paradigma introduzido pela Convenção de Istambul, que radicou a punição das condutas do agente na ausência de consentimento da vítima. No desiderato de entendermos se a norma legal se adaptou às injunções decorrentes da Convenção, indagámos o alcance dos conceitos de “constrangimento” e de “ausência de consentimento livre”. As mudanças operadas na norma legal ficaram aquém das obrigações assumidas, já que o constrangimento da vítima impede a criminalização de condutas como o *stealth*. Deste modo, exige-se uma urgente e rigorosa alteração ao crime de violação, que assuma as imposições da Convenção de Istambul e que tutele, efetivamente, o bem jurídico “liberdade e autodeterminação sexual”.

Palavras-chave: Violação; Convenção de Istambul; *stealth*; constrangimento; consentimento livre; bem jurídico; liberdade e autodeterminação sexual.

Abstract

This dissertation addresses the crime of rape, with a special focus on the latest legislative amendment thereto, which has exempted the need to resort to certain typical means of victim constraint. This amendment arose from the paradigm introduced by the Istanbul Convention that settled the punishment of the conducts of the agent in the absence of the victim's consent. In order to understand whether the legal norm has been adapted to the resulting injunctions of the Convention, we question the reach of the concepts of “constraint” and “absence of free consent”. The changes operated to the legal norm have stayed below the assumed obligations, as victim constraints prevent the criminalization of conducts like *stealth*. Therefore, an urgent and thorough amendment to the crime of rape is demanded, namely one that incorporates the impositions of the Istanbul Convention and tutors the legal good of “sexual freedom and sexual self-determination” effectively.

Keywords: Rape; Istanbul Convention; *stealth*; constraint; free consent; legal good; sexual freedom and sexual self-determination.

Índice

Introdução	7
1. Evolução histórica do crime de violação à luz do bem jurídico	8
2. Convenção de Istambul e o seu artigo 36.º	13
3. Tipo legal do crime de violação	15
3.1. Distinção entre os crimes contra a liberdade sexual e os crimes contra a autodeterminação sexual	15
3.2. Semelhanças e diferenças entre a coação sexual e a violação	18
3.3. Alargamento das condutas puníveis pelo artigo 164.º do Código Penal	20
3.4. Meios típicos de constrangimento do artigo 164.º do CP	24
4. Deficiências das alterações introduzidas pela Lei n.º 83/2015 e pela Lei n.º 101/2019 face à Convenção de Istambul	27
4.1. Alcance do conceito de constrangimento e de consentimento	27
4.2. <i>Stealth</i> ing – enquadramento no crime de violação	32
Conclusão	36
Bibliografia	38

Lista de siglas, abreviaturas e locuções

Ac.	acórdão
APAV	Associação Portuguesa de Apoio à Vítima
art.º	artigo
cit. por	citado por
Comissão/Comissão Revisora	Comissão Revisora do Código Penal
Convenção	Convenção de Istambul
CP	Código Penal
CRP/Constituição	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
ed.	edição
n.º	número
p./pp.	página/páginas
PAN	Partido Pessoas-Animais-Natureza
ss.	seguintes
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRP	Tribunal da Relação do Porto
<i>vs.</i>	<i>versus</i>

Introdução

A dissertação que ora se apresenta tem como principal desígnio a análise das alterações legislativas introduzidas pelas Leis n.º 83/2015 e n.º 101/2019 ao crime de violação, à luz das injunções decorrentes da Convenção de Istambul e do bem jurídico tutelado.

Os diferentes Códigos Penais que vigoraram no panorama nacional enquadraram diversamente o crime de violação consoante o bem jurídico tutelado. Apenas com o Código Penal de 1995¹, este crime passou a considerar um bem jurídico eminentemente pessoal, assente na liberdade e autodeterminação sexual. Contudo, a controvérsia acerca do bem jurídico não constituiu o único dilema suscitado por este crime. As conceções sociais e culturais dominantes (espelhadas na Constituição) contribuem para a identificação do bem jurídico e para a amplitude da sua tutela, refletindo-se na determinação dos meios de constrangimento e das condutas puníveis.

Com a entrada em vigor na ordem jurídica portuguesa da Convenção de Istambul, o debate em torno do crime de violação ganhou novos contornos. No que concerne a esta dissertação, importa-nos analisar a Convenção, não tanto como “um marco ideológico e simbólico na teorização da violência contra as mulheres”², mas mais como um contributo para a criminalização, pelas Partes, de qualquer ato sexual, intencional, não consentido livremente.

Na base desta dissertação encontra-se também uma decisão histórica no que concerne ao crime de violação no contexto europeu, especificamente na Suíça, onde um indivíduo foi acusado do crime de violação, após remover o preservativo sem o consentimento da outra interveniente, no que tinha sido, até ao momento, uma relação sexual consentida. Tal conduta, comumente denominada *stealthing*, consiste na remoção intencional e não consentida do preservativo durante uma relação sexual pretendida pelos intervenientes, com a condicionante do uso de preservativo.

Destarte, focar-nos-emos nas alterações ao artigo 164.º do Código Penal e em indagar em que medida o conceito de “constrangimento”, seja por que meio, abarca todas as condutas não consentidas livremente.

Ora, não obstante não existir “norma penal, proibitiva ou impositiva, que não se destine à tutela de bens jurídicos”³, é imperativo que os tipos legais sejam configurados em ordem a garantir uma plena proteção dos mesmos. O crime de violação tutela o bem jurídico “liberdade e autodeterminação sexual”, importando, neste sentido, que os atos sexuais de relevo especificados, atentatórios deste bem jurídico, sejam criminalizados.

Assim, pelo limite de caracteres, orientaremos o nosso trabalho para um escrutínio conciso, crítico e atual da norma legal, focando-nos, ulteriormente, na opção tomada pelo legislador nacional em recorrer ao conceito de constrangimento em detrimento do conceito de ausência de consentimento livre, em que a Convenção assenta. Para um

¹ Existe uma profunda divergência doutrinal relativa ao Código Penal de 1995. Enquanto alguns autores defendem que se trata de um novo Código, outros entendem que apenas ocorreu uma reforma profunda do Código Penal de 1982. Não obstante esta divergência doutrinal que *infra* se abordará melhor, para efeitos da dissertação, referir-nos-emos a este como Código Penal de 1995.

² Sottomayor, 2015, p. 106.

³ Silva, 2012, p. 26.

melhor entendimento de tal questão, assemelha-se fulcral constatar se esta decisão legislativa importa alguma alteração substancial nas condutas puníveis pelo legislador, nomeadamente no que respeita ao *stealthing*. Deste modo, pretendemos dissecar as divergências derivadas da seleção do elemento típico indispensável, seja este o constrangimento ou a ausência de consentimento.

1. Evolução histórica do crime de violação à luz do bem jurídico

A tutela penal dos tipos legais relativos à liberdade e autodeterminação sexual apenas recentemente se dotou de autonomia no ordenamento jurídico português. Atualmente, o crime de violação encontra-se plasmado na secção I (crimes contra a liberdade sexual) do capítulo V (dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual) do Título I (crimes contra as pessoas) do Livro II (Parte Especial), mais concretamente no art.º 164.º do Código Penal. Todavia, a sua inserção sistemática no Código Penal não foi sempre esta.

Nos diferentes Códigos Penais que vigoraram em Portugal ao longo do tempo, a inserção deste crime foi variando consoante as conceções sociais e culturais dominantes, não sendo de descurar, contudo, o papel essencial que as constantes alterações protagonizaram na mudança de paradigma no seio da sociedade portuguesa.

Os Códigos Penais de 1852 e 1886 plasmavam os crimes sexuais nos “crimes contra as pessoas”. No entanto, a sua inclusão nos “crimes contra as pessoas” não teve como fundamento a proteção de um bem jurídico individual, mas antes de um bem jurídico supraindividual, fundado na moral social sexual⁴, encontrando-se os mesmos no capítulo IV, referente aos crimes contra a honestidade.

Não obstante o Código Penal de 1886 adotar uma tendência mais liberal, dado que o crime de violação, presente no art.º 393.º do CP de 1886, comportava a “cópula ilícita com qualquer mulher”⁵, ao contrário do que constava do art.º 394.º do CP de 1852, que apenas se referia à “cópula ilícita com uma mulher, posto que não seja menor, nem honesta”⁶, este Código Penal não descurava o seu caráter protecionista da ordem moral da sociedade. Nas palavras de Teresa Pizarro Beleza, “A violação era tradicionalmente a cópula *não conjugal* forçada numa *mulher honesta*, isto é, a conjugação carnal obtida por um homem de uma mulher fora das regras de acesso normal à obtenção dessa *mercadoria*”⁷.

De facto, o art.º 27.º do Código Penal de 1886 enuncia que “A responsabilidade criminal consiste na obrigação de reparar o dano causado na ordem moral da sociedade”. Ora, o crime de violação visava proteger a honestidade da ofendida e não a sua liberdade sexual, o que era demonstrado no art.º 400.º dos Códigos Penais de 1852 e 1886, que determinava que o procedimento ou a pena pela prática do ilícito cessava caso o criminoso casasse com a mulher ofendida. Acresce que, para se verificar o crime de violação, era exigido ainda que a cópula fosse ilícita, ou seja, obtida fora da relação conjugal, não sendo

⁴ Pereira, 1996, p. 43.

⁵ Código Penal de 1886.

⁶ Código Penal de 1852.

⁷ Beleza, 1994, p. 53.

punida a cópula obtida mediante violência dentro do casamento, dado que o homem tinha a “posse” da mulher.

Os Códigos Penais de 1852 e 1886 pugnavam também pela criminalização de condutas que, embora não ofensivas da liberdade sexual de nenhum indivíduo, seriam atentatórias da moral social sexual, como o crime de adultério, presente no artigo 401.º do CP de 1886, o que evidencia a tutela do bem jurídico supraindividual, ligado à honestidade e, consequentemente, à moral social sexual.

Com o Código Penal de 1982 protagonizou-se uma revolução no Direito Penal português, iniciando-se, nas palavras de Figueiredo Dias, a reforma legislativa fundada numa conceção moderna e liberal do Direito Penal sexual⁸. Contudo, relativamente ao crime de violação, não podemos dizer que se tenha verificado uma rutura absoluta com o paradigma estabelecido no Código Penal de 1886, uma vez que o bem jurídico tutelado permaneceu associado a uma conceção comunitária e não individual. De facto, apesar da inserção do crime de violação numa secção destinada aos “crimes sexuais” em detrimento da sua inserção nos “crimes contra a honestidade”, tal como ocorria nos Códigos Penais de 1852 e 1886, o crime de violação abandonou o Título II relativo aos “Crimes contra as pessoas” para se integrar no Título III – “Dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade”, mais concretamente no Capítulo I – “Dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social”. Assim, apesar das alterações efetuadas, o bem jurídico tutelado manteve-se relacionado com a moral social sexual, traduzida num “padrão rígido de comportamento a nível sexual”⁹.

Independentemente de o bem jurídico tutelado não traduzir ainda a proteção da liberdade sexual, a norma legal introduziu a referência aos meios típicos “grave ameaça” e “ter tornado (a vítima) inconsciente e na impossibilidade de resistir”, que tomam o lugar da “veemente intimidação, ou de qualquer fraude, que não constitua sedução, ou achando-se a mulher privada do uso da razão, ou dos sentidos”, presente no CP de 1886. Sopesa ainda que, não obstante o Código Penal de 1886 incluir como meio típico a violência, exigia que a mesma fosse física, referência que desaparece com o novo Código de 1982. Por fim, resta ainda destacar o afastamento da exigência do carácter extramatrimonial da cópula para a consumação da violação e a inclusão do constrangimento à cópula com terceiros na norma legal constante no artigo 201.º do Código Penal de 1982.

Com o Código Penal de 1995 operou-se a maior transformação na matéria dos crimes sexuais. Esta alteração verificou-se ao nível do bem jurídico tutelado que, doravante, deixou de ser “a honra ou a formação moral da vítima mas sim o seu direito a dispor livremente da sua sexualidade”¹⁰. Tal mudança de paradigma dos crimes sexuais encontra-se plasmada no Preâmbulo do Código Penal de 1995, que destaca que se abandonou a “concepção moralista (‘sentimentos gerais de moralidade’), em favor da liberdade e autodeterminação sexuais, bens eminentemente pessoais”¹¹. A inserção sistemática dos crimes sexuais, com a deslocação dos crimes sexuais do capítulo relativo

⁸ Dias, 2012, p. 708.

⁹ Cunha, 2002, p. 351.

¹⁰ Alves, 1995, p. 5.

¹¹ Ponto 7 do Preâmbulo do Código Penal de 1995.

aos “crimes contra os valores e interesses da vida em sociedade” para o capítulo referente aos “crimes contra as pessoas”, traduziu uma das mudanças mais radicais no Código Penal de 1995¹².

Figueiredo Dias enunciou, no seio da Comissão Revisora, o credo do paradigma moderno liberal do Direito Penal sexual: as atividades sexuais entre adultos, em privado, agindo de livre vontade são lícitas¹³. Esta nova preposição político-crimal é consequência de uma conceção que vê como “função exclusiva do Direito Penal a proteção subsidiária de bens jurídico-penais”¹⁴, de acordo com o art.º 40.º n.º 1 do CP e artigo 18.º n.º 2 da CRP. Os movimentos de criminalização e de descriminalização, bem como a legitimidade dos mesmos, resultam da íntima relação entre Constituição e crime, quer no que concerne ao tipo de Estado (Estado de Direito democrático), quer relativamente à “analogia substancial entre bem jurídico-penal e valores constitucionais”¹⁵, em estreita ligação com os princípios da dignidade e necessidade penal¹⁶. Nas palavras de Manuel Da Costa Andrade, “só a liberdade e autodeterminação da expressão sexual pode valer como bem jurídico digno de tutela penal”¹⁷.

Na sequência da alteração do bem jurídico protegido, as modificações à norma legal abrangeram também o desaparecimento da contribuição da vítima para o facto como atenuante modificativa especial, bem como o alargamento das condutas alvo de punição, com a inclusão do constrangimento à prática do coito anal como ato análogo à cópula. Contrariamente à cópula, em que o agente do crime apenas poderia ser do sexo masculino e a vítima de sexo feminino, o coito anal abrange tanto as relações heterossexuais, como homossexuais, podendo a vítima ser tanto do sexo feminino, como masculino¹⁸. Deste modo, a reforma de 1995 operou uma via *per mezzzo*, mantendo-se o desenho do crime de violação tal como fora proposto pela Comissão, ou seja, a tutela típica do crime de violação apenas se referia à cópula, mas equiparou-se a moldura penal abstrata aplicável ao coito anal, no n.º 2 do art.º 164.º do CP¹⁹.

Na perspetiva de Teresa Pizarro Beleza, o Código Penal de 1995 não constitui um novo código, mas apenas uma revisão do Código Penal de 1982, uma vez que as preocupações centrais não se alteraram. Esta autora defende que os limites gerais das penas não se alteraram significativamente, que a aposta nas medidas não detentivas se acentuou e que a descriminalização e neocriminalização se mantiveram dentro de limites contidos, tendo esta revisão sido desencadeada pelos desajustes entre as molduras penais abstratas dos crimes contra as pessoas e as dos crimes patrimoniais²⁰. Contudo, tal

¹² Alves, 1995, p. 5.

¹³ Dias, 1993, pp. 246 e 247.

¹⁴ *Idem*, 2012, p. 708.

¹⁵ *Idem*, 2016, pp. 250 a 266.

¹⁶ Cunha, 2017, p. 400; Carvalho, 2008, pp. 52 a 54.

¹⁷ Andrade, 1991, p. 395.

¹⁸ Dias, 2012, p. 746.

¹⁹ *Idem*, 2012, p. 746.

²⁰ Beleza, 1996, pp. 7 e 8.

opinião não é partilhada por Sénio Alves, que defende que o CP de 1995 tem uma filosofia própria, com uma arrumação sistemática e uma preocupação punitiva diferentes²¹.

Todavia, independentemente de considerações acerca do alcance da reforma de 1995, importa reiterar o papel fulcral que a mesma teve na evolução do tipo legal da violação e na mudança de paradigma relativamente ao bem jurídico tutelado nos crimes sexuais, com a preterição da proteção de bens jurídicos ligados à moralidade, honra sexual e valores comunitários, para a efetiva proteção do bem jurídico individual “liberdade e autodeterminação sexual”.

Com a reforma de 1998, o legislador optou por estender o alcance da violação através de uma equiparação total entre a cópula, o coito anal e o coito oral. Contudo, as alterações ao tipo legal não se ficaram pela equiparação das condutas puníveis. De facto, com a reforma de 1998, a conceção da autoria do tipo de ilícito deixou de fazer qualquer aceção do sexo²². Se a violação consubstanciava um crime “eminente” feminino, uma vez que a vítima era obrigatoriamente feminina²³ (com a exceção do disposto no n.º 2 do art.º 164.º do Código Penal de 1995), com a revisão de 1998 afastou-se qualquer menção ao género, tanto do sujeito ativo, como do sujeito passivo. A par destas alterações, surgiu também no n.º 2 do art.º 164.º do CP de 1998 a figura do assédio sexual, que tutelava as situações de abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, por meio de ordem ou ameaça “não grave”. Da reforma de 1998 infere-se assim a consagração do bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual, independentemente do género da vítima.

O crime de violação, presente no art.º 164.º do CP, sofreu novas alterações com a Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro. No âmbito do n.º 2, estendeu-se a criminalização das condutas resultantes de situações de abuso de autoridade, com a inclusão do constrangimento de outra pessoa em virtude do aproveitamento de relação familiar, de tutela ou de curatela. Para além do alargamento de tutela da norma legal, os meios típicos em causa neste número deixaram de ser “ordem ou ameaça não compreendida no número anterior” para se bastar com o “aproveitamento de temor que causou”.

Por outro lado, a reforma de 2007 não se bastou com a expansão da proteção das situações decorrentes do abuso de autoridade, tendo procedido à inclusão das situações de constrangimento “a sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos”, tanto no n.º 1 como no n.º 2, apenas se distinguindo da cópula, coito anal ou oral pelo facto de não ter abarcado as situações em que a pessoa é constrangida à sua “prática”. Ora, esta clara distinção apenas permite incluir estas situações, no máximo, no âmbito do crime de coação sexual, presente no art.º 163.º do CP²⁴. Esta equiparação entre a “introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos” reflete a clara tendência da parte do legislador para se afastar do conceito típico de violação, paradigmaticamente associado à cópula. Na ótica de Figueiredo Dias, deveria chegar-se à conclusão da eliminação da autonomia e da especificidade típicas do crime de violação, com a inclusão

²¹ Alves, 1995, p. 5.

²² Dias, 2012, p. 746.

²³ Lopes & Milheiro, 2015, p. 58.

²⁴ *Idem*, 2015, p. 62.

destas condutas típicas no crime de coação sexual, através da agravação-regra da coação sexual, com o auxílio da técnica dos exemplos-padrão²⁵.

A penúltima alteração ao crime de violação ocorreu com a Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, que veio no sentido imposto pelo art.º 36.º da Convenção de Istambul e que alterou o n.º 2 do art.º 164.º do Código Penal. Com esta reforma ao artigo, o n.º 2 deixou de tutelar as situações associadas ao assédio sexual, prescindindo da referência aos casos de abuso de autoridade, remetidos para a alínea b) do art.º 177.º do CP, como agravação das penas previstas nos artigos 163.º a 165.º e 167.º a 176.º do Código Penal. Assim, o n.º 2 do art.º 164.º do CP estendeu a sua proteção a todas as situações em que ocorresse o constrangimento de outra pessoa, por meio não compreendido no n.º 1, a sofrer ou praticar alguma das condutas puníveis. Todavia, as alterações ao n.º 2 do crime de violação não se bastaram com a alteração do tipo legal. De facto, em virtude da mudança de condutas protegidas pelo tipo, o legislador optou por aumentar a moldura penal abstrata relativa ao n.º 2 do art.º 164.º do Código Penal, estabelecendo o limite mínimo de 1 ano e máximo de 6 anos.

Importa ainda destacar que, com a reforma de 1995, Sénio Alves afirmou que a vontade passou a delimitar a fronteira entre o lícito e o ilícito²⁶. Contrariamente, e na nossa opinião bem, José Mouraz Lopes e Tiago Caiado Milheiro defenderam que, mesmo com a revisão de 2015, ainda não seria a ausência de consentimento que relevaria como fronteira entre o ato criminal e não criminal, apesar de o consentimento passar a configurar um elemento crucial do ilícito²⁷.

Todavia, sempre será de salientar que, com esta nova formulação, o crime de violação ganhou novos contornos e ampliou a criminalização a condutas que, previamente, não seriam enquadradas nesta norma legal.

Por fim, a modificação operada pela Lei n.º 101/2019 ao crime de violação pretendeu solucionar as inadequações da norma legal em vigor, maioritariamente relacionadas com a organização do artigo e a indefinição do conceito de constrangimento. Com efeito, esta reforma relega o recurso a meios típicos de constrangimento para o n.º 2 do artigo 164.º do CP, que, assim, passa a tutelar as situações em que se verifica uma agravação do crime pelos meios utilizados, e estabelece, no n.º 1, o tipo-base do crime, que se basta com o emprego de qualquer meio de constrangimento da vítima. Sopesa ainda que o legislador entendeu ser necessária a definição do conceito de constrangimento para efeitos do novo n.º 1 do artigo 164.º do Código Penal, surgindo assim o n.º 3 do artigo 164.º do CP, que permitiu uma maior exatidão acerca do alcance do conceito de constrangimento e das condutas enquadráveis no crime de violação.

²⁵ Dias, 2012, pp. 747 e 748. Em sentido contrário, recentemente tem sido defendido que o crime de violação deveria ser o crime-base. O crime de coação sexual deveria ser configurado com o carácter de tipo privilegiado por referência ao crime de violação. Parecer sobre o Projeto de Lei n.º 1047/XIII/4A da Associação Portuguesa de Mulheres Juristas, 2019, p. 3.

²⁶ Alves, 1995, p. 31.

²⁷ Lopes & Milheiro, 2015, p. 67.

2. Convenção de Istambul e o seu artigo 36.º

No ordenamento jurídico português, as normas constantes de convenções internacionais, regularmente ratificadas ou aprovadas, vigoram após a sua publicação oficial, tal como decorre do n.º 2 do art.º 8.º da CRP. Uma das convenções internacionais que entrou em vigor na ordem interna foi a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica, popularizada como *Convenção de Istambul*, que foi aprovada em Istambul a 11 de maio de 2011 e ratificada por Portugal a 21 de janeiro de 2013.

Portugal foi um dos primeiros Estados a ratificar este instrumento internacional, que, de acordo com Maria Clara Sottomayor, “reflete um avanço ideológico e simbólico na teorização da violência contra as mulheres, ultrapassando-se a linguagem neutra em relação ao género, que tem sido adotada na legislação nacional”²⁸. Esta Convenção, que aspira a “uma Europa livre de violência doméstica e violência contra as mulheres”²⁹, estabeleceu no seu Preâmbulo o intuito de incidir sobre o problema de a “natureza estrutural da violência exercida contra as mulheres ser baseada no género” e nas “relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens”³⁰.

Neste sentido, a Convenção de Istambul fixou no n.º 1 do artigo 4.º que “As Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para promover e proteger o direito de cada pessoa, em especial das mulheres, de viver sem violência, tanto na esfera pública como na esfera privada”. A Convenção de Istambul entrou em vigor em Portugal a 1 de agosto de 2014, tendo sido necessário proceder-se a alterações na ordem jurídica portuguesa que dessem resposta às suas imposições, nomeadamente quanto à matéria da violência sexual, o que ocorreu com a Lei n.º 83/2015 e com a Lei n.º 101/2019.

De acordo com Teresa Pizarro Beleza, “A Convenção contém uma série de disposições que vão muito além da exigência de ‘simples’ criminalização [...] o que poderá levantar algumas questões de compatibilidade constitucional [...] mas também de regulação substancial, num sistema de Direito Penal dito de intervenção mínima”³¹. Contudo, não nos parece, tal como também defendeu Teresa Pizarro Beleza, que de alguma forma se levante este problema, uma vez que é a Assembleia da República que aprova, tanto as convenções internacionais, como as alterações em matéria penal.

Não obstante a Convenção de Istambul ter tido um papel inovador na teorização da violência contra as mulheres, sempre será de destacar a maior facilidade do Parlamento em criminalizar condutas associadas a culturas não europeias do que em criminalizar “formas de violência sexual mais subtis contra as mulheres e cuja incriminação implicará restrições ao que tem sido considerado uma liberdade ‘natural’ ou um privilégio dos

²⁸ Sottomayor, 2015, p. 106.

²⁹ Preâmbulo da Convenção de Istambul.

³⁰ Preâmbulo da Convenção de Istambul.

³¹ Beleza, 2016, p. 18.

homens”³², como é o caso do assédio sexual e do alargamento do conceito de coação sexual e de violação a todos os atos sexuais não consentidos.

Importa-nos, assim, focar a nossa atenção no artigo 36.º da Convenção de Istambul, com a epígrafe “Violência sexual, incluindo violação” e que estabelece que:

“1. As Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar a criminalização da conduta de quem intencionalmente: a) Praticar a penetração vaginal, anal ou oral, de natureza sexual, de quaisquer partes do corpo ou objetos no corpo de outra pessoa, sem consentimento desta última; b) Praticar outros atos de natureza sexual não consentidos com uma pessoa; c) Levar outra pessoa a praticar atos de natureza sexual não consentidos com terceiro. 2. O consentimento tem de ser prestado voluntariamente, como manifestação da vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes. 3. As Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar que as disposições do n.º 1 também se aplicam a atos praticados contra os cônjuges ou companheiros ou contra os ex-cônjuges ou ex-companheiros, em conformidade com o direito interno”³³.

Destarte, é possível identificar a obrigatoriedade de as Partes adotarem legislação nacional que criminalize as condutas previstas no art.º 36.º da Convenção de Istambul. Realça este artigo a importância atribuída a todos os tipos de atos de natureza sexual, não especificando a necessidade de os mesmos constituírem atos sexuais de relevo. Segundo Manuel Simas Santos e Manuel Leal-Henriques, esta obrigatoriedade abrange “todas as formas de atos sexuais impostos intencionalmente a terceiros”³⁴.

Todavia, o maior avanço desta Convenção relaciona-se com a imposição de criminalizar estas condutas, tendo por fundamento a ausência do consentimento. De facto, a Convenção de Istambul não faz qualquer menção à prática de meios típicos de constrangimento. Em vez disso, radica a criminalização destas condutas no desrespeito pela ausência de consentimento da outra pessoa. Para além disso, importa ainda destacar que a Convenção adota uma noção de consentimento livre da vítima assente no contexto das circunstâncias em que foi concedido, seguindo assim o critério estabelecido pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, especificamente em *M.C. vs. Bulgária*³⁵, e pela Recomendação Rec (2002) 5 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados-Membros sobre proteção das mulheres contra a violência³⁶, não sendo o

³² Sottomayor, 2016, p. 73.

³³ Sublinhados nossos.

³⁴ Santos & Leal-Henriques, 2016, p. 481.

³⁵ De acordo com Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no caso *M.C. vs. Bulgária*, o uso ou ameaça de uso de violência demonstra inequivocamente a ausência de consentimento, mas não é *per se* elemento constitutivo do crime de violação; acrescenta que o não consentimento não tem de ser expresso por resistência física, bastando palavras ou gestos.

³⁶ O teor da Recomendação Rec (2002) 5 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados-Membros sobre proteção das mulheres contra a violência insta os Estados-Membros a penalizar “qualquer ato de carácter sexual cometido contra uma pessoa sem o seu consentimento, mesmo que esta não dê sinais de resistência”.

consentimento valorado se prestado de outra forma. Desta forma, o artigo 36.º retira a importância do uso ou não da força do agressor e da resistência ou não da vítima e assenta na existência ou inexistência do consentimento livre, tendo em consideração as circunstâncias envolventes.

Concluindo, de acordo com Conceição Cunha, resulta deste artigo que “o bem jurídico a ser tutelado é a *liberdade sexual*, pois os comportamentos sexuais devem ser criminalizados quando limitarem a liberdade sexual da vítima; ou seja, o que se criminaliza é o relacionamento sexual (em sentido amplo, englobando diversos atos sexuais) que não seja praticado de acordo com a *vontade livre* das pessoas envolvidas”³⁷. Assim, a Convenção de Istambul efetivou na sua plenitude a defesa do bem jurídico liberdade sexual, prescindindo da execução de meios típicos de constrangimento e definindo expressamente a ausência de consentimento como a fronteira entre o ato criminal e não criminal.

3. Tipo legal do crime de violação

3.1. Distinção entre os crimes contra a liberdade sexual e os crimes contra a autodeterminação sexual

Tal como foi destacado, o Código Penal de 1995 alterou substancialmente a inserção dos “crimes sexuais” no Código Penal, o que refletiu essencialmente a alteração do bem jurídico protegido nos crimes em causa. Deste modo, com a deslocação destes crimes sexuais para o capítulo “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, passou a tutelar-se um bem jurídico individual, assente na liberdade e autodeterminação sexual dos indivíduos, como parte integrante do direito geral da personalidade, decorrente da eminente dignidade humana³⁸.

Este Código Penal dividiu o presente capítulo em três secções: crimes contra a liberdade sexual; crimes contra a autodeterminação sexual; e disposições comuns. Atualmente, a menção às disposições comuns desapareceu, existindo apenas duas secções neste capítulo. Esta alteração parece-nos, no mínimo, criticável, dado que os artigos 177.º e 178.º do CP, referentes à agravação e à queixa, aludem aos preceitos legais que integram as duas secções prévias, afigurando-se-nos assim errada a sua inclusão na secção referente aos crimes contra a autodeterminação sexual.

Não obstante, a maior controvérsia desta divisão advém da determinação do bem jurídico protegido. Contrariamente ao que a divisão entre secções aparenta indicar, o bem jurídico tutelado na secção I não corresponde à liberdade sexual, nem o da secção II à autodeterminação sexual³⁹. Segundo Figueiredo Dias, “a secção I protege a liberdade (e/ou autodeterminação) sexual de *todas* as pessoas, sem fazer aceção de idade; enquanto a secção II estende essa proteção a casos que ou não seriam crime se praticados entre adultos, ou o seriam dentro de limites menos amplos, ou assumiriam

³⁷ Cunha, 2016, p. 133.

³⁸ Dias, 2012, p. 712.

³⁹ Neste sentido, *Idem*, 2012, pp. 711 e 712. Em sentido contrário, Duarte, 1999, p. 80.

em todo o caso uma menor gravidade; e estende-a porque a vítima é [...] um *menor* de certa idade”⁴⁰.

Ora, a criminalização de comportamentos que não seriam crimes se praticados entre adultos resulta da especial proteção estendida aos menores, dada a sua particular vulnerabilidade⁴¹. Independentemente de a secção II⁴² proteger a liberdade e autodeterminação sexual destes menores, esse bem jurídico encontra-se intrinsecamente associado a outro bem jurídico: o “livre desenvolvimento da personalidade do menor, em particular na esfera sexual”⁴³. Mouraz Lopes realça a importância concedida por estes tipos legais de crime, uma vez que está em causa “o direito à proteção da sexualidade numa fase inicial ou em desenvolvimento que, pelas suas características, é carecida de tutela jurídica”⁴⁴. Contudo, entendemos que não será correto afirmar que o bem jurídico “livre desenvolvimento da personalidade do menor, em particular na esfera sexual” está exclusivamente associado à secção II. Parece inquestionável que, quando as vítimas dos crimes previstos na secção I são menores, não se tutela apenas a liberdade e autodeterminação dos mesmos, mas também o livre desenvolvimento da sua personalidade. Nestes termos, parece pacífico que este bem jurídico é tutelado, nos crimes sexuais, em função da vítima e não da sua inserção sistemática no capítulo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.

A proteção do livre desenvolvimento da personalidade do menor encontra-se também plasmada no n.º 1 do artigo 69.º da Constituição da República Portuguesa, que estabelece que “As crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral”⁴⁵. Ora, decorre desta imposição constitucional a necessidade de o Estado assegurar o livre desenvolvimento dos menores, bem como o respeito pelos seus direitos, o que inclui a sua integridade física e psíquica.

Tal proteção do Estado repercute-se na natureza dos crimes em causa, que, como regra, têm natureza semipública. No entanto, a natureza semipública desaparece quando as vítimas são menores, tendo o legislador fixado a natureza pública dos “crimes contra a autodeterminação sexual”, com exceção do art.º 173.º do CP, de acordo com o n.º 3 do artigo 178.º do CP. De facto, os crimes sexuais presentes na secção I do capítulo V, com exceção dos art.º 166.º e 169.º do CP, são crimes semipúblicos, em virtude da especial ponderação dos interesses pessoais da vítima⁴⁶, nomeadamente pelo facto de o processo contender “de uma forma particular com a esfera da intimidade, pelo que à vítima cabe

⁴⁰ Dias, 2012, p. 711.

⁴¹ Cunha, 2002, p. 354.

⁴² Os crimes presentes na secção II, do capítulo V, do título I, do livro II são, na opinião de Figueiredo Dias e da doutrina maioritária, crimes de perigo abstrato, dado que o “perigo concreto para o desenvolvimento (...) do menor pode vir a não ter lugar, sem que com isto a integração pela conduta do tipo objetivo de ilícito fique afastada”; Dias, 2012, p. 835. Em sentido oposto, Leite, 2011, p. 52 e Patto, 2001, p. 137 defendem que estes crimes são crimes de dano. Por fim, no sentido de que os crimes sexuais contra menores são crimes de perigo abstrato de índole especial, dado que o perigo, para além de não ser em concreto presumido, também não é sequer, em nenhum caso, suscetível de ser avaliado, ver Maurach & Schröder, 1977, p. 171, cit. por Andrade, 1991, p. 396

⁴³ Dias, 2012, p. 711.

⁴⁴ Lopes, 2008, p. 115.

⁴⁵ No mesmo sentido, esta imposição constitucional alastra à proteção da juventude – art.º 70.º da CRP.

⁴⁶ Lopes & Milheiro, 2015, p. 51.

decidir se ao mal do crime lhe convém juntar o que pode ser o desvelamento da sua intimidade e da consequente estigmatização processual⁴⁷. Em sentido oposto, os crimes previstos na secção II do capítulo V, com exceção do art.º 173.º do CP, são crimes públicos, dada a especial vulnerabilidade da vítima, particularmente face ao não exercício do direito de queixa por razões alheias ao seu interesse⁴⁸. Todavia, apesar de os crimes previstos na secção correspondente aos “crimes contra a liberdade sexual” serem crimes de natureza semipública⁴⁹, com exceção dos art.ºs 166.º e 169.º, estes crimes passam a ter natureza pública quando as vítimas são menores, nos termos do n.º 1 do art.º 178.º. Esta exceção atinente à natureza do crime deriva da especial proteção conferida aos menores e ao bem jurídico “livre desenvolvimento da personalidade do menor”.

Contrariamente ao que a maioria da doutrina defende, Muñoz Conde adverte que o bem jurídico protegido na secção II do capítulo V não poderá estar relacionado com a liberdade sexual, dado os menores carecerem dessa liberdade⁵⁰. Contudo, tal afirmação não nos parece correta. De facto, a liberdade sexual é um direito constitucionalmente consagrado, vertido nos artigos 25.º e 26.º da Constituição da República Portuguesa. Assim, importa ainda referir que a liberdade sexual é protegida na sua vertente positiva, ou seja, no direito atribuído a cada sujeito de “dispor livremente da sua sexualidade e exercê-la [...] sempre sem prejuízo dos direitos de terceiros”, de acordo com Carmo Dias⁵¹; e na sua vertente negativa, que, segundo Ana Alfaiate, constitui o “direito de cada sujeito a não suportar de outrem qualquer tipo de intromissão por meio de actos para os quais não tenha manifestado concordância”⁵², seja esta física ou moral⁵³. Ora, apesar de os menores ainda se encontrarem numa fase de desenvolvimento da personalidade, defender-se que ainda não possuem qualquer tipo de liberdade sexual parece-nos excessivo, dado os mesmos continuarem a ter o direito a não suportar de outrem qualquer tipo de intromissão por si dissentida. Tal como defende Conceição Cunha, a capacidade para consentir e a capacidade para dissentir podem não se identificar completamente⁵⁴. Portanto, a secção II encontra-se intimamente ligada à falta de capacidade para consentir das vítimas menores e, subseqüentemente, à impossibilidade de exercerem a sua liberdade sexual na vertente positiva.

Por outro lado, Carmo Dias sustém que, uma vez que a divisão do capítulo referente à liberdade e autodeterminação sexual se deve ao facto de a secção II ancorar a criminalização de condutas na menoridade das vítimas, seria mais correto uma epígrafe

⁴⁷ Antunes, 2012, p. 896.

⁴⁸ Cunha, 2017, p. 166. Em sentido oposto, defendendo os perigos da revitimização da pessoa em desenvolvimento e entendendo que se afigura excessiva a natureza pública para vítimas até aos 18 anos, Antunes, 2012, pp. 898 e 899.

⁴⁹ Sem embargo da natureza semipública dos crimes previstos nos artigos 163.º e 164.º do CP, o n.º 2 do art.º 178.º permite ao Ministério Público iniciar o procedimento pelos crimes em causa, no prazo de seis meses desde a data de conhecimento do facto e dos seus autores, sempre que o interesse da vítima o aconselhe.

⁵⁰ Conde, 2001, p. 196.

⁵¹ Dias, 2008, p. 215. No mesmo sentido, defendendo que se expressa “pelo comprometimento livre e autêntico em forma de comunicação intersubjetiva”, Andrade, 1991, p. 395.

⁵² Alfaiate, 2009, p. 86. Em conformidade, destacando que consiste no direito a resistir de imposições não queridas, ou seja, a titularidade da liberdade de não suportar condutas que agridam ou constriam a esfera sexual da pessoa, Andrade, 1991, p. 395.

⁵³ Navarrete, 1975, p. 46.

⁵⁴ Cunha, 2016, p. 145.

como “crimes contra menores”⁵⁵. Não seguimos, contudo, esta interpretação. De facto, as epígrafes do Código Penal não correspondem ao tipo de vítima, mas ao bem jurídico tutelado, sendo ainda certo que, embora esteja associado à proteção do livre desenvolvimento da personalidade do menor, o bem jurídico protegido é o da liberdade e autodeterminação sexual. Sopesa ainda que, não obstante os sujeitos protegidos na secção II serem menores, estes também poderão ser vítimas de condutas puníveis na secção I. Deste modo, uma secção intitulada de “crimes contra menores” entraria em contradição com a punibilidade dos crimes previstos na secção I quando praticadas contra menores.

Referida a diferenciação entre os crimes contra a liberdade sexual e os crimes contra a autodeterminação sexual, resta-nos analisar o enquadramento do crime de violação no seio dos crimes contra a liberdade sexual.

3.2. Semelhanças e diferenças entre a coação sexual e a violação

O crime de violação, previsto no art.º 164.º do CP, encontra-se intrinsecamente relacionado com o crime de coação sexual (art.º 163.º do CP). Tradicionalmente, o crime de violação era o caso paradigmático dos crimes sexuais, sendo a única conduta punível a cópula, intimamente conexas com a possibilidade de gravidez, que constituía um ataque grave ao pudor e honra da vítima, tanto a nível individual, como social⁵⁶. Por outro lado, as condutas atualmente punidas pelo crime de coação sexual apenas poderiam integrar o crime de “atentado ao pudor com violência”, previsto no art.º 205.º do CP de 1982. O “atentado ao pudor”, de acordo com o n.º 3 do art.º 205.º do CP de 1982, correspondia ao “acto que viola, em grau elevado, os sentimentos gerais de moralidade sexual”, encontrando-se inevitavelmente subjacente ao conjunto de regras que disciplinavam o comportamento humano ligado ao sexo numa dada sociedade⁵⁷.

Como vimos, com o Código Penal de 1995, operou-se a maior revolução no que concerne aos crimes sexuais, com a alteração da sua inserção sistemática e do bem jurídico protegido, que passou a ser a liberdade e autodeterminação sexual individual. Assim, “deixou o legislador de falar em ‘atentado ao pudor’ para utilizar a fórmula ‘ato sexual de relevo’”⁵⁸. Destarte, os crimes de coação sexual e violação passaram a configurar “o núcleo da proteção da liberdade sexual”⁵⁹, constituindo a coação sexual o tipo fundamental e a violação um caso especial de coação sexual, mais grave pelo especial relevo atribuído aos atos sexuais em causa⁶⁰. De acordo com Maria do Carmo Dias, o “bem jurídico protegido é o mesmo, ou seja, a liberdade da pessoa escolher o seu companheiro ou parceiro sexual e de dispor livremente do seu corpo” e a especialização consiste em “particulares actos sexuais de relevo, considerados os mais graves, cujo relevo é determinado e representa a mais importante limitação da liberdade sexual da vítima”⁶¹. Em

⁵⁵ Dias, 2006, p. 213.

⁵⁶ Dias, 2012, p. 743.

⁵⁷ Santos & Leal-Henriques, 2016, p. 463.

⁵⁸ *Idem*, 2016, p. 463.

⁵⁹ Dias, 2012, p. 716.

⁶⁰ Garcia & Rio, 2014, p. 679. No mesmo sentido, Dias, 2012, p. 716.

⁶¹ Dias, 2008, p. 223.

síntese, o crime de coação sexual, do artigo 163.º do Código Penal, e o crime de violação, presente no artigo 164.º do Código Penal, apresentam a mesma estrutura, meios típicos de constrangimento e bem jurídico protegido, apenas diferindo no que respeita aos atos sexuais de relevo tutelados e às suas molduras penais.

Face ao exposto, importa antes de mais compreender que estes tipos legais de crime não criminalizam todos os atos sexuais, mas apenas os que são considerados de relevo. Previamente, destaca-se que a definição do que é um ato sexual não é unânime, realçando-se a existência de três posições: objetiva, subjetiva e mista. Em conformidade com a interpretação objetivista, os atos sexuais são todos aqueles que, pela sua manifestação externa, possam ser conotados com a sexualidade; de acordo com a interpretação subjetiva, mais estrita, importa ainda a intenção *libidinosa*, ou seja, a intenção do agente de despertar ou satisfazer a excitação sexual; por fim, a interpretação mista, menos exigente, integra no conceito tanto a aceção objetiva, como a subjetiva⁶². Não obstante existirem posições diversas, sempre atenderemos à definição de Figueiredo Dias, que estabelece que um ato sexual é “todo aquele [...] que, de um ponto de vista predominantemente objetivo, 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”⁶³. Destarte, para a determinação dos atos sexuais, dá-se uma clara relevância à interpretação objetiva⁶⁴, apesar de o mesmo autor considerar que, em alguns casos, sempre teremos de atender à sua conotação subjetiva⁶⁵.

Em harmonia com o suprarreferido, ressalva-se que, para as condutas integrarem os crimes de coação sexual e violação, sempre terá de se atender à sua “relevância”. Ora, o relevo presente no tipo legal importa uma função positiva, exigindo um certo grau de perigosidade da conduta para com o bem jurídico tutelado⁶⁶, ofendendo “séria e gravemente a intimidade e liberdade sexual do sujeito passivo”⁶⁷; e uma função negativa, afastando da tipicidade atos insignificantes, bagatelares⁶⁸ e condutas que, por não serem de relevo, constituem contactos de natureza sexual, puníveis pelo art.º 170.º do CP.

Com efeito, com a reforma de 1995, surgiu o crime de coação sexual, que visa punir o constrangimento à prática de atos sexuais de relevo. Com o abandono da fórmula do “atentado ao pudor” e a inclusão do “ato sexual de relevo”, o legislador tomou uma postura de rutura com a tutela da moral social e com a imprecisão oferecida por esse conceito. Se a determinação de que condutas integram o ato sexual de relevo ainda constitui um desafio, estas dificuldades são mais suscetíveis de serem ultrapassadas do que as que derivavam do conceito de atentado ao pudor⁶⁹. Não obstante a alteração dos conceitos, Sénio Alves defendeu que o ato sexual de relevo é “todo o comportamento destinado à libertação e satisfação dos impulsos sexuais que ofende, em grau elevado, o sentimento

⁶² Dias, 2012, pp. 718 e 719.

⁶³ *Idem*, 2012, p. 720.

⁶⁴ Albuquerque, 2015, p. 640.

⁶⁵ Dias, 2012, p. 719.

⁶⁶ *Idem*, 2012, p. 720.

⁶⁷ Santos & Leal-Henriques, 2016, p. 464.

⁶⁸ Dias, 2012, p. 719.

⁶⁹ *Idem*, 2012, pp. 720 e 721.

de timidez e vergonha comum à generalidade das pessoas”⁷⁰. Todavia, não poderemos seguir esta posição, uma vez que, tal como defende Figueiredo Dias, seria totalmente inaceitável o reenvio para a “moralidade sexual”, dado o facto de se ter abandonado o relevo atribuído ao carácter moralmente negativo, censurável ou pecaminoso, para conferir maior relevo ao grau de perigosidade da ação para o bem jurídico tutelado⁷¹. Importa ainda destacar a posição intermédia assumida por José Mouraz Lopes e Tiago Caiado Milheiro, que estabeleceram que, apesar de a nova fórmula pretender libertar-se do conteúdo moral, não se poderá prescindir da referência a conceitos valorativos sociais⁷².

Finalizando, importa ainda frisar que, nas palavras de Natscheradetz, “o Direito penal só deve intervir para a defesa dos bens jurídicos indispensáveis à coexistência dos homens”⁷³, tendo Rudolphi estabelecido quatro princípios como limite ao Direito Penal enquanto meio de proteção de bens jurídicos: adequação dos meios à efetiva proteção dos bens jurídicos; utilização do meio relativamente mais suave; princípio da subsidiariedade; e interesse preponderante⁷⁴. Ora, de acordo com Figueiredo Dias, as condutas que não se revelam idóneas a violar este bem jurídico de maneira suficientemente importante, ou seja, que não sejam atos sexuais de relevo, como os contactos de natureza sexual, não deveriam ser criminalizadas⁷⁵.

Contudo, tal posição não é pacífica, não tendo o legislador nacional optado por seguir este entendimento. Com a revisão de 2007, os contactos de natureza sexual, ainda que não constituindo atos sexuais de relevo, passaram a estar criminalizados pelo art.º 170.º do Código Penal, visto que os mesmos são aptos a ofender a liberdade sexual das vítimas. Destarte, parece-nos essencial destacar que, apesar de os diferentes atos sexuais apresentarem diversos graus de gravidade, enquadrando-se em diferentes tipos legais, a ofensa ao bem jurídico “liberdade e autodeterminação sexual” bastou para a criminalização destes atos.

3.3. Alargamento das condutas puníveis pelo artigo 164.º do Código Penal

O crime de violação, tal como o crime de coação sexual, pune condutas que constroem a vítima a sofrer ou praticar atos sexuais de relevo. Porém, o crime de violação diferencia-se do crime de coação sexual pela especialidade das condutas em causa. Tradicionalmente, a única conduta que integrava o crime de violação era a cópula, mas, com as sucessivas revisões ao Código Penal, verificou-se um progressivo alargamento do crime, englobando, atualmente, o coito anal, oral e a introdução vaginal, anal e oral de partes do corpo ou objetos. Esta alteração teve origem numa visão mais abrangente da tutela jurídico-penal da liberdade sexual e que se desliga da visão social e cultural que associava à violação consequências que ultrapassavam o atentado à liberdade e autode-

⁷⁰ Alves, 1995, p. 11.

⁷¹ Dias, 2012, p. 721.

⁷² Lopes & Milheiro, 2015, pp. 37 a 39.

⁷³ Natscheradetz, 1985, p. 89.

⁷⁴ Rudolphi, 1981, p. 7 e ss., cit. por Natscheradetz, 1985, p. 118.

⁷⁵ Dias, 2005, pp. 65 e 66, 2012, pp. 825 a 827.

terminação da mulher, como a procriação e valoração da maternidade⁷⁶. Esta posição preterida era sustentada por Costa Andrade, que salientava que a gravidez não podia representar só uma normal circunstância agravante e que a violação tradicional não protege só a liberdade sexual, mas também a liberdade de só se ser mãe quando se deseja⁷⁷. Todavia, tal não foi a posição seguida pelo legislador nacional, que atendeu às inúmeras críticas à concepção típica do crime de violação. Tais críticas iam no sentido de considerar que a gravidez se tinha tornado menos provável e que consistia numa consequência extra típica que não deveria ter influência na especialização do bem jurídico, nem na modelação concreta do tipo legal de crime; que já não era adequado encarar a cópula como o ataque mais pesado à liberdade sexual; e que era inadmissível a aceção do género na violação, considerando que só as mulheres podiam ser vítimas de tal crime⁷⁸.

Isto posto, importa analisar as diferentes condutas puníveis pelo crime de violação. Apesar de a cópula ter sido a primeira conduta a ser criminalizada, nem por isso deixa de levantar questões na doutrina. De facto, de acordo com Figueiredo Dias, a cópula consiste na introdução da vagina pelo pénis, não podendo, assim, a simples intromissão entre os grandes e pequenos lábios, ou seja, a cópula vulvar, ser considerada cópula⁷⁹. Em sentido oposto, Sénio Alves defende que a cópula vulvar se integra no conceito de cópula, presente no art.º 164.º do CP, uma vez que o que está em causa é o seu sentido jurídico-normativo⁸⁰.

Soposa ainda que parte da doutrina alude também à existência ou não de *emissio seminis* para a prática de cópula. Não nos parece, contudo, que a tal possa ser atribuída relevância típica, visto que esta relevância é conferida pela penetração e não pela ejaculação⁸¹. Destarte, entendemos como evidente que a cópula sem *emissio seminis* se integra no conceito de cópula presente na norma legal em causa, uma vez que, independentemente de haver ejaculação, a penetração do órgão feminino pelo órgão masculino se encontra realizada. Assim, enquanto a cópula sem *emissio seminis* cai dentro da tipicidade do crime de violação, a cópula vulvar, ainda que com *emissio seminis*, não poderá ser considerada cópula para efeitos penais⁸², apenas podendo integrar o crime de coação sexual, presente no art.º 163.º do CP.

Com as reformas de 1995 e 1998, respetivamente, o coito anal e o coito oral foram equiparados à cópula, integrando o crime de violação. Previamente, o artigo 205.º do Código Penal de 1982, com a epígrafe “atentado ao pudor com violência”, agregava o coito anal e o coito oral. Com o Código de 1995, o coito anal foi equiparado à cópula para efeitos de punição pelo crime de violação, de acordo com o artigo 164.º n.º 2 do CP, e o coito oral passou a ser protegido pelo crime de coação sexual, presente no art.º 163.º do CP, visto que consistia num ato sexual de relevo. Com a revisão de 1998, tanto o coito

⁷⁶ Lopes & Milheiro, 2015, p. 59.

⁷⁷ Andrade, 1993, p. 246.

⁷⁸ Dias, 2012, p. 744.

⁷⁹ *Idem*, 2012, pp. 749 e 750.

⁸⁰ Alves, 1995, p. 24.

⁸¹ Lopes & Milheiro, 2015, p. 61.

⁸² Gonçalves, 2007, p. 631.

anal, como o coito oral passaram a integrar o crime de violação, com a sua total equiparação à cópula.

Importa ainda referir que, antes da revisão de 2007, discutia-se acerca da necessidade de a penetração, tanto relativamente ao coito oral, como ao coito anal, ser ou não ser por pénis, tendo Figueiredo Dias, na nossa opinião corretamente, defendido a necessidade de o coito ser por órgão sexual masculino⁸³. Tal como suprarreferido em relação à cópula, também os coitos anal e oral acarretam a introdução do ânus e da boca pelo pénis, não bastando a fricção do pénis, ainda que isso importe a ejaculação.

No que concerne à “introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos”, esta conduta foi inserida no crime de violação com a revisão ao Código Penal de 2007. Anteriormente, de acordo com José Mouraz Lopes e Tiago Caiado Milheiro, a introdução de objetos poderia apenas integrar o crime de coação sexual, caso o objeto tivesse “natureza” sexual ou fosse usado em circunstâncias de envolvimento sexual⁸⁴. Com a introdução desta conduta no âmbito do crime de violação, resolveram-se todas as dúvidas quanto à necessidade de o coito se efetuar mediante a penetração do órgão sexual masculino. Contudo, a inserção desta conduta neste crime motivou inúmeras críticas relativas à ausência de tipificação da introdução de partes do corpo ou objetos na boca. De facto, julgamos claro que o legislador não quis atribuir a mesma relevância à introdução de partes do corpo ou objetos na boca, o que nos parece altamente criticável, já que, por um lado, a mesma evidencia um conteúdo de ilícito suficientemente pesado para a liberdade sexual da vítima para integrar o ilícito e, por outro lado, parece relativizar o coito oral quando comparado com a cópula e o coito anal.

Sucedendo ainda que a “introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos”, presente na alínea b) do art.º 164.º, se distinguiu da cópula, coito anal e coito oral, em virtude de só incluir o constrangimento da vítima a sofrer a introdução, não protegendo o constrangimento da vítima à prática de tal conduta. Destarte, esta conduta não se poderia integrar no conceito de violação, sendo considerada um ato sexual de relevo, para efeitos do art.º 163.º do CP. Esta opção não merece grandes elogios da nossa parte, já que a entendemos como um claro erro legislativo. Reitera-se que, mais uma vez, o legislador optou por dar “meio passo”, apenas enquadrando neste tipo legal o constrangimento da vítima a sofrer a introdução. Neste sentido, aparentemente, o legislador relativiza o constrangimento da vítima à “introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos”, aparentando existir um diferente grau de ilicitude relativamente à cópula, coito anal e coito oral.

Ora, com esta diferenciação, o legislador criou também uma clara clivagem entre o constrangimento da vítima a praticar e a sofrer, visto que criminaliza “mais severamente” a conduta que implique o constrangimento a sofrer. Assim, não podemos deixar de nos questionar se tal posição será também seguida pela jurisprudência para a determinação da pena concreta relativamente à cópula, coito anal e coito oral, não obstante o art.º 164.º do CP não estabelecer essa diferenciação.

⁸³ Dias, 2012, p. 750.

⁸⁴ Lopes & Milheiro, 2015, p. 61.

Importa ainda mencionar que os objetos em causa podem ou não ter conotação sexual, bastando o mero reconhecimento por terceiro como ato sexual⁸⁵. Ora, deste modo, prescinde-se uma vez mais do acompanhamento consciente do carácter sexual do ato pela vítima, desde que a mesma seja constrangida. Por fim, resta-nos ainda referir que, segundo Maria do Carmo Silva Dias, objetos serão todos aqueles que “tenham aptidão para entrar nas cavidades vaginal ou anal”⁸⁶, o que inclui animais e produtos vegetais, bem como partes de um cadáver ou próteses⁸⁷. Todavia, não podemos deixar de discordar da opinião evidenciada, principalmente à luz da Lei n.º 8/2017, de 3 de março, que estabeleceu o estatuto jurídico dos animais, distinguindo-os, doravante, das coisas.

Se a anterior solução legislativa nos parecia incongruente, a atual norma legal exponencia em grande escala as disparidades existentes e cria uma enorme clivagem entre o n.º 1 e o n.º 2 do artigo 164.º do CP. De facto, com a Lei n.º 101/2019, o legislador nacional procedeu a inúmeras alterações ao atual n.º 1 do artigo, nomeadamente quando às condutas puníveis e sua prática, mas não estendeu estas alterações ao atual n.º 2 do artigo 164.º do CP. Abordaremos melhor este problema.

Em resposta às críticas suscitadas, o legislador nacional ampliou as condutas puníveis, tipificando a introdução oral de partes do corpo ou objetos. Esta parece-nos uma solução correta e necessária para uma efetiva proteção do bem jurídico. Contudo, se o legislador colmatou esta lacuna normativa relativamente ao n.º 1, no que concerne ao atual n.º 2, não efetuou qualquer alteração. Atualmente, numa situação em que se verifica o emprego dos meios típicos para o constrangimento da vítima à prática da introdução oral de partes do corpo ou objetos, o agente não poderá ser punido pelo n.º 2 do artigo 164.º do CP, uma vez que este número não prevê a introdução oral. Assim, não obstante o recurso a estes meios mais gravosos, a conduta do agente apenas é criminalizada pelo n.º 1 do artigo 164.º do CP.

Saliente-se ainda a importância conferida ao contacto entre a vítima e o agente para a atribuição de relevância ao ato sexual. De facto, o crime de violação exclui do seu âmbito de tutela a prática de atos de relevo perante a vítima, apenas enquadráveis no artigo 170.º do CP. Por outro lado, previamente a esta última alteração, não se enquadrava no crime de violação o constrangimento a que a vítima praticasse o ato sexual em si própria, independentemente do constrangimento a que esta fosse sujeita.

Com efeito, apesar de tal conduta não ser enquadrável no tipo legal da violação, pensar-se-ia que integraria o crime de coação sexual. Porém, este crime também exige que o ato seja com o agente ou terceiro, preconizando-se uma clara lacuna de punibilidade. Não obstante, Conceição Cunha defendia que, em virtude da lacuna de punibilidade, tal conduta deveria ser sancionada pelo crime de coação⁸⁸, presente no art.º 154.º do CP. Contudo, o bem jurídico tutelado neste crime relaciona-se com a liberdade de decisão e de ação e, embora esta conduta coloque em risco esta liberdade, evidencia-se uma especial conotação com a sexualidade da vítima. Assim, parece-nos que esta conduta se

⁸⁵ Dias, 2012, pp. 723 e 750.

⁸⁶ Dias, 2008, p. 240.

⁸⁷ Lopes & Milheiro, 2015, pp. 62 e 63.

⁸⁸ Cunha, 2017, p. 134.

poderia integrar no âmbito do crime presente no art.º 170.º do CP, dado haver um claro constrangimento da vítima a um contacto de natureza sexual, ainda que este seja consigo mesma⁸⁹. Ora, não obstante a norma legal não ser clara quanto ao alcance do “contacto de natureza sexual”, entendemos que tais condutas se enquadrariam neste tipo legal, visto que a norma não exige que o contacto ocorra com outrem.

Com as alterações introduzidas pela Lei 101/2019, o n.º 1 do preceito legal estendeu a criminalização a todas as condutas que constrangessem a vítima à prática de “atos de introdução vaginal, anal ou oral de partes do corpo ou objetos”. Destarte, julgamos claro que o legislador pretendeu incluir no crime de violação o constrangimento da vítima à prática de atos de especial relevo consigo mesma, possibilitando a inclusão da prática de atos sexuais de relevo que não sejam praticados com o agente ou terceiro.

Não obstante serem alterações necessárias e profícuas para uma efetiva proteção do bem jurídico, o modo como estas modificações legislativas foram introduzidas não merece elogios da nossa parte. De facto, parece-nos que, mais do que uma reiteração da diferente relevância atribuída a estas condutas, encontramos-nos frente a um claro erro do legislador, que efetuou a alteração ao n.º 1 sem atender à uniformização do artigo. Destarte, verifica-se uma desconformidade absoluta entre o n.º 1 e o n.º 2 do artigo 164.º do CP, que exige uma urgente reforma do artigo, de modo a garantir a uniformização do preceito legal e a plena tutela do bem jurídico.

3.4. Meios típicos de constrangimento do artigo 164.º do CP⁹⁰

Atualmente, o crime de violação é um crime de mera atividade e de dano⁹¹, dividido em 2 números, que se distinguem pela exigência ou não de meios típicos de constrangimento. Em oposição ao defendido por José Mouraz Lopes e Tiago Caiado Milheiro, que configuram o crime de violação como um crime de execução vinculada⁹², parece-nos claro que tal apenas se aplica ao n.º 2 do art.º 164.º, visto que exige para o seu preenchimento determinados meios típicos de constrangimento; por seu lado, o n.º 1 do mesmo artigo é um crime de execução livre, uma vez que abrange qualquer outro meio não compreendido no n.º 2 apto a constranger a vítima.

Sem embargo da importância de ambos os números do art.º 164.º do CP exigirem o constrangimento da vítima, que se traduz, na opinião de Figueiredo Dias, num ato de coação especializada, dado implicar uma relação meio/fim entre o constrangimento e o ato sexual de relevo em causa⁹³, importa antes de mais entender os meios típicos de constrangimento plasmados no n.º 2 do art.º 164.º do CP.

O alcance do conceito de violência sempre provocou intensas discussões na doutrina portuguesa. Numa interpretação mais restritiva deste conceito, o Ac. do TRP de

⁸⁹ Numa posição contrária, defendendo que se pune “a prática de atos sexuais com a vítima”, Dias, 2012, p. 824.

⁹⁰ O crime de coação sexual (art.º 163.º do CP) prevê os mesmos meios de constrangimento.

⁹¹ Dias, 2007, pp. 306 a 312.

⁹² Lopes & Milheiro, 2015, p. 67.

⁹³ Dias, 2012, p. 724.

13/04/2011 refere a necessidade do uso de força física e resistência efetiva da vítima⁹⁴. Por outro lado, numa posição intermédia, Figueiredo Dias, apesar de entender que o conceito de violência presente no art.º 164.º do CP englobava apenas a violência física, “idónea, segundo as circunstâncias do caso”, para a sua concretização não considerava necessária a resistência efetiva da vítima⁹⁵. Em sentido oposto, numa posição mais lata, Sénio Alves determinava que o conceito de violência não necessita de um *plus* de violência física, mas de qualquer tipo de violência, integrando neste conceito a violência moral⁹⁶ e argumentando ainda que, caso o legislador pretendesse apenas acautelar as situações em que ocorre violência física, teria mantido a exigência da fisicalidade da violência presente no Código Penal de 1886. Por fim, Clara Sottomayor abrangia os casos de dissentimento, defendendo que a prática destes atos na ausência de consentimento teria de ser considerada violenta⁹⁷. Estas duas últimas posições distinguem-se pela exigência ou não de um *plus* de violência moral. A violência moral, segundo Sénio Alves, constitui o perigo de um mal maior para a vítima ou terceiros, o que difere da “grave ameaça” de um ponto de vista qualitativo, uma vez que esse meio típico consiste em colocar a vítima perante a iminência de verificação de violência, física ou moral, provocando-lhe temor⁹⁸.

Com a Lei n.º 83/2015, o artigo 164.º do CP passou a plasmar o constrangimento por “meio não compreendido no número anterior”. Deste modo, as dúvidas relativas ao conceito de violência dissiparam-se ligeiramente. De facto, não nos parece correto afirmar que cabe dentro deste conceito a prática de qualquer ato não consentido. Porém, também nos parece errado exigir a violência física, uma vez que o tipo legal não impõe tal condição. Ademais, afigura-se-nos que, no atual panorama social, o argumento de que a inclusão da violência psíquica e moral poderia ocasionar uma “inadmissível confusão entre meios (típicos) de violência e meios (atípicos) de *sedução*”⁹⁹ encontra-se deveras desgastado e desadequado. Ora, o Código Penal de 1982 prescindiu da referência à fisicalidade da violência, o que nos leva a crer que este meio típico de constrangimento abarcará, para além da violência física, a violência moral. Assim, enquanto o n.º 2 do art.º 164.º criminaliza as situações em que se verifique alguma espécie de violência, quer física, quer moral, o n.º 1 deveria enquadrar todos os atos em que a vítima não tenha consentido.

Para além deste meio típico, o n.º 2 do art.º 164.º do CP também refere como meio típico a “ameaça grave”. Ora, antes de mais, importa entender que, aparentemente, não cabem neste tipo legal todas as ameaças, mas apenas as que revestem uma certa gravidade. Todavia, previamente à verificação da sua gravidade, atenderemos ao conceito

⁹⁴ Ac. do TRP, de 13/04/2011, pp. 33 e 34. Esta interpretação veio ao encontro do entendimento de Nélson Hungria e Rodriguez Devesa, que defendiam que o dissentimento deveria ser sincero e positivo e manifestado por inequívoca resistência mantida por parte da vítima durante o curso da ação violenta, apenas vencida pela violência física. *Vide* Devesa, 1980, p. 171; Hungria, 1981, pp. 118 e 119, cit. por Santos & Leal-Henriques, 2016, p. 465. Criticando o Ac. do TRP, de 13/04/2011 e a sua interpretação restritiva do conceito de violência, Sottomayor, 2011, pp. 273 a 318; Cunha, 2011, pp. 464 a 479.

⁹⁵ Dias, 2012, p. 726.

⁹⁶ Alves, 1995, pp. 31 e 32.

⁹⁷ Sottomayor, 2011, p. 283.

⁹⁸ Alves, 1995, pp. 31 a 33.

⁹⁹ Dias, 2012, p. 726.

de ameaça. Taipa de Carvalho apontou como características deste conceito a existência de um mal futuro e que dependa da vontade do agente¹⁰⁰. Isto posto, a sua componente temporal evidencia-se como o principal critério distintivo relativamente à violência. Importa ainda ressaltar que a ameaça tanto pode ter natureza pessoal, como patrimonial, e incidir sobre a vítima ou terceiro, desde que a lesão dos bens jurídicos do terceiro afete a vítima. O crime de ameaça, presente no artigo 153.º do CP, aplicar-se-á relativamente a crimes contra determinados bens jurídicos especificados, importando-nos destacar, neste caso, a liberdade e autodeterminação sexual. Contudo, estas ameaças, segundo o n.º 1 do art.º 153.º do CP, têm de ser adequadas a provocar medo ou inquietação ou prejudicar a liberdade de determinação da vítima.

Tal como foi suprarreferido, a conduta, para além de ter de integrar o tipo de ilícito previsto no art.º 153.º do CP, terá de ser grave. A “ameaça grave” não se equipara à “ameaça com mal importante”, exigida pelo tipo legal do crime de coação (art.º 154.º do CP), uma vez que este meio típico se afere pelo conteúdo da ameaça, enquanto aqui está em causa a sua medida ou intensidade¹⁰¹. Porém, na opinião de Figueiredo Dias, “a ameaça relevante para efeitos deste artigo deve considerar-se tipicamente mais exigente do que a que ocorre no art.º 154.º”¹⁰². Assim, a gravidade da ameaça atenderia não só ao seu conteúdo, mas também à sua medida e intensidade¹⁰³. Ora, em harmonia com o exposto, sempre que a ameaça do agente não fosse considerada suficientemente gravosa, a sua conduta enquadrar-se-ia nas condutas punidas pelo disposto no n.º 1 do artigo 164.º do Código Penal, uma vez que a vítima se encontrava constrangida à prática do ato sexual, por meio não tipificado no n.º 2.

Todavia, teremos de discordar de tal posição, dado seguirmos o entendimento do Ac. do TRC de 25/06/2014, que assume que “assim que a ameaça é levada a sério pela vítima é sempre ameaça grave. [...] E é pelo padrão da vítima, da pessoa a quem é dirigida a ameaça que se aferirá da sua gravidade”¹⁰⁴. Deste modo, parece-nos que basta o preenchimento do tipo legal presente no art.º 153.º do CP para a verificação do meio típico da “ameaça grave”, posto que, ao ser “levada a sério pela vítima”, revela-se adequada a provocar-lhe medo ou inquietação ou a prejudicar a sua liberdade de determinação.

Por fim, o último meio típico de constrangimento vertido no art.º 164.º do CP corresponde a “ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir”. Este meio típico distingue-se do meio típico exigido no disposto no art.º 165.º do CP, em virtude do “momento em que funciona o dolo”¹⁰⁵. Não há um aproveitamento da situação, mas um colocar da vítima em situação de incapacidade de modo a ser possível ao agente praticar algum destes atos sexuais de relevo especificados. Deste modo, o crime de violação verifica-se também quando “haja uma relação meio/fim”¹⁰⁶ entre o meio típico

¹⁰⁰ Carvalho, 2012, p. 553.

¹⁰¹ Dias, 2012, p. 727.

¹⁰² *Idem*, 2012, pp. 727 e 728.

¹⁰³ *Idem*, 2012, p. 728.

¹⁰⁴ Ac. do TRC, de 25/06/2014, p. 15.

¹⁰⁵ Dias, 2012, p. 728.

¹⁰⁶ Cunha, 2003, p. 200.

de constrangimento e o ato sexual de relevo, provocada pelo agente, com vista a atingir os fins pretendidos¹⁰⁷.

4. Deficiências das alterações introduzidas pela Lei n.º 83/2015 e pela Lei n.º 101/2019 face à Convenção de Istambul

4.1. Alcance do conceito de constrangimento e de consentimento

As alterações introduzidas pela Lei n.º 83/2015 e pela Lei n.º 101/2019 tiveram por base as injunções impostas aos Estados pela Convenção de Istambul. Por imperativo do artigo 36.º da Convenção de Istambul, com a epígrafe “violência sexual, incluindo violação”, estão as Partes vinculadas a assegurar a criminalização de condutas de quem intencionalmente praticar atos de natureza sexual não consentidos pela vítima.

Previamente à Lei n.º 83/2015, nos casos em que não se verificasse qualquer tipo de abuso de autoridade, o tipo legal de violação apenas criminalizava as condutas em que a prática dos atos sexuais de relevo especificados decorresse do constrangimento pelos meios tipificados no n.º 1 do art.º 164.º do CP. Neste sentido, Figueiredo Dias defendia que não bastava que a ação fosse contra ou sem a vontade da vítima, exigindo-se a utilização de um meio típico de constrangimento, embora isso acarretasse uma certa limitação da liberdade de determinação sexual da vítima¹⁰⁸. Ora, o crime de violação exigia uma forma vinculada de prática¹⁰⁹, que tinha por base o pressuposto de que o relacionamento sexual entre adultos era “por princípio consensual, a menos que a pessoa relutante seja coagida por violência ou ameaça grave”¹¹⁰. Não obstante esta convicção, não nos parece que o constrangimento por meio típico seja o único capaz de afastar a consensualidade da conduta.

Isto posto, entendemos que o que se punia não era o constrangimento da vítima à prática dos atos sexuais, mas o modo como o legislador considerava “exequível” que esse constrangimento pudesse ocorrer. Destarte, não se verificava uma efetiva proteção do bem jurídico “liberdade e autodeterminação sexual”, numa perspetiva individual, mas uma proteção deste bem jurídico à luz da visão legislativa do modo como esse bem jurídico poderia ser colocado em causa. Nesta ótica, Helena Lopes e Rose Sttau Monteiro argumentaram que a maneira como o artigo estava formulado colocava “sem proteção casos nítidos de ofensa à liberdade sexual”, defendendo que o acento tónico do crime deveria passar pela vontade da vítima¹¹¹.

Em harmonia com o disposto no artigo 36.º, o legislador nacional promoveu a adequação da legislação interna às obrigações decorrentes da Convenção de Istambul. Com a Lei n.º 83/2015, a norma legal deixou de criminalizar apenas o constrangimento por “meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornando inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir”, estendendo a proteção a todos os modos

¹⁰⁷ Alves, 1995, p. 34.

¹⁰⁸ Dias, 2012, p. 725.

¹⁰⁹ Beleza, 2016, p. 20.

¹¹⁰ *Idem*, 2016, p. 21.

¹¹¹ Lopes, Helena e Rose Sttau Monteiro, cit. por Santos & Leal-Henriques, 2016, p. 480.

de constrangimento. Com vista a responder às exigências impostas, o legislador remeteu os casos de abuso de autoridade para a alínea b) do n.º 1 do artigo 177.º do CP, passando a constituir uma agravante, e focou a tutela do n.º 2 – atual n.º 1 – em todas as situações em que não se verificasse o emprego de um dos meios típicos de constrangimento plasmados no n.º 1 – atual n.º 2 – do art.º 164.º do CP.

Teresa Pizarro Beleza criticou o modo como o preceito se encontrava redigido na Lei n.º 83/2015, referindo que a norma legal sugeria que a verdadeira violação era a conseguida por meio de violência ou ameaça, sendo o n.º 2 uma verdadeira atenuante¹¹², o que diminuía a importância das condutas enquadráveis neste número. De facto, parece-nos que o tipo legal-base deste crime não deveria necessitar do emprego de determinados meios típicos de constrangimento, sendo que o recurso a estes meios deveria funcionar como agravante, em virtude da maior gravidade para o bem jurídico tutelado. Esta também foi a conclusão do legislador que, com a Lei n.º 101/2019, relegou o recurso aos meios típicos de constrangimento para o n.º 2 do artigo 164.º do CP, enquanto o n.º 1 do artigo 164.º do Código Penal passou a constituir o tipo-base do crime.

No desiderato de destrinçar as diferenças entre a redação da norma legal e as obrigações derivadas da Convenção de Istambul, importa entender que o legislador nacional procurou respeitar tais imposições, sem prescindir da descrição da factualidade típica prévia à revisão de 2015. Apesar de a alteração introduzida pela Lei n.º 83/2015 ter constituído um marco no panorama legislativo nacional, não foi capaz de redirecionar o foco da criminalização das condutas para a ausência de consentimento, mantendo a referência ao constrangimento da vítima. Deste modo, embora se tenha estendido a proteção às situações em que não se verifiquem os meios típicos de constrangimento, a vítima teria necessariamente de ser constrangida a intervir nos atos sexuais de relevo discriminados.

Ora, com esta revisão, o bem jurídico tutelado encontrou maior proteção, pois, ainda que com moldura legal inferior, estendeu a criminalização às condutas que constroem a vítima por outros meios. Porém, visto que o não consentimento da vítima não era, *tout court*, o elemento típico do crime¹¹³, ainda não seria no seu relevo que se encontrava a fronteira da tutela da liberdade sexual, pressupondo sempre um elemento típico indispensável assente numa dimensão coativa¹¹⁴.

Não obstante, Ana Paula Sousa defendeu que, em bom rigor, a alteração à norma legal efetuada pela Lei n.º 83/2015 criminalizou a prática de atos sexuais contrários à vontade da vítima¹¹⁵. No mesmo sentido, Conceição Cunha argumentou que a única interpretação do n.º 2 do art.º 164.º conforme ao disposto na Constituição da República Portuguesa e ao artigo 36.º da Convenção de Istambul seria a de se considerar que todo o relacionamento sexual não consentido livremente seria um relacionamento constrangido¹¹⁶. Apesar de realçar que a expressão em causa não era a mais feliz para abarcar os

¹¹² Beleza, 2016, p. 24.

¹¹³ Lopes & Milheiro, 2015, p. 47.

¹¹⁴ *Idem*, 2015, p. 47.

¹¹⁵ Sousa, 2016, p. 282.

¹¹⁶ Cunha, 2017, p. 402.

relacionamentos sexuais que não se baseassem num consentimento livre, a autora refere que o constrangimento aos atos sexuais consiste na imposição de um relacionamento contra a vontade da vítima ou com base num consentimento aparente da mesma¹¹⁷.

Contudo, não podemos concordar com estas posições, sendo importante entender que nem todas as condutas não consentidas cabem dentro do conceito de constrangimento, tal como *infra* se abordará. Ora, apesar de a solução legislativa ter pretendido, simultaneamente, não alterar totalmente a factualidade típica e criminalizar os atos sexuais não consentidos, de acordo com as imposições da Convenção, tal não nos parece ter sido conseguido, uma vez que o alcance dos conceitos de “constrangimento” e de “ausência de consentimento livre” da vítima difere.

Ao exigir o constrangimento da vítima, a norma legal não dirige (nem dirige) a criminalização da conduta para o desrespeito pela vontade, *maxime* pela liberdade sexual da vítima, mas para o modo como a vítima se sente face à conduta do agente. Nas palavras de Pedro Caeiro, “a exigência cumulativa de constrangimento e da falta de ‘consentimento’ [...] é redundante [...]. São, na verdade, noções mutuamente excludentes”¹¹⁸. Contudo, em nossa perspectiva, tal não corresponde à verdade. Para que o constrangimento da vítima ocorra, é necessário que a mesma não consinta em tal conduta ou que esse consentimento seja meramente aparente, resultado do medo, receio ou temor perante a atuação do agressor¹¹⁹; o mesmo não é inversamente aplicável, podendo a vítima dissentir no ato em determinadas circunstâncias e, mesmo assim, não se encontrar constrangida à prática do ato sexual de relevo. Aliás, o próprio autor refere que “incriminando-se o constrangimento, o facto punível reside nos actos de interferência sobre a vontade da vítima (violência, ameaça, pressão, chantagem, etc.) de que resultam os actos sexuais, ao passo que a incriminação construída sobre o puro dissentimento leva a que a acção proibida se reconduza aos actos sexuais propriamente ditos”¹²⁰.

Em conformidade com o argumentado, afigura-se fulcral compreender o alcance do conceito de constrangimento. Conceição Cunha mencionava que “constranger significa coagir – obrigar, pressionar – afectando, assim, a liberdade do coagido”¹²¹. Segundo Figueiredo Dias, o constrangimento da vítima traduz-se num ato de coação (art.º 154.º do CP) especializado em virtude da sua finalidade, visto ser dirigido à prática de um ato sexual de relevo¹²². Todavia, não nos parece que, para que o constrangimento da vítima ocorra, seja necessário o preenchimento do artigo 154.º do Código Penal. Não obstante, até à alteração introduzida pela Lei n.º 101/2019, o art.º 164.º do Código Penal pressupor sempre uma dimensão coativa, que constituía um elemento típico indispensável do tipo legal¹²³, o artigo 154.º do Código Penal exige o recurso a determinados meios típicos para a sua concretização, o que não ocorre no crime de violação. De facto, após as alterações

¹¹⁷ *Idem*, 2017, p. 402.

¹¹⁸ Caeiro, 2019, p. 642.

¹¹⁹ Lopes & Milheiro, 2015, p. 48.

¹²⁰ Caeiro, 2019, p. 653.

¹²¹ Cunha, 1999, p. 166. No mesmo sentido, afirmando que “Constranger, no âmbito dos crimes sexuais, é obrigar outra pessoa a praticar ou a sofrer um ato sexual contra a sua vontade”, Caeiro, 2019, p. 642.

¹²² Dias, 2012, p. 724.

¹²³ Lopes & Milheiro, 2015, p. 47.

de 2015, o artigo 164.º do Código Penal permitiu a inclusão de condutas não conciliáveis com a exigência de meios típicos de constrangimento, como a prossecução do ato sexual pelo agente apesar do dissentimento da vítima.

O próprio artigo 154.º do Código Penal distingue o constrangimento do crime de coação. Para que o crime de coação se verifique, o constrangimento da vítima terá de ocorrer por meio de violência ou de ameaça com mal importante. Ora, se o constrangimento da vítima por outros meios ocorrer, tal não constitui um crime de coação (art.º 154.º do CP), uma vez que se exige que o constrangimento derive do recurso àqueles meios típicos específicos. Outra interpretação do conceito de constrangimento seria antagónica com a alteração do art.º 164.º do CP e restringiria a punibilidade pelo crime de violação às condutas executadas com recurso aos meios típicos de constrangimento. Neste sentido, passou a bastar o necessário nexos causal entre o meio de constrangimento empreendido e o ato sexual de relevo especificado para se verificar o crime de violação¹²⁴.

Porém, face à incerteza acerca da abrangência do conceito de constrangimento, impedia sobre o legislador nacional a obrigatoriedade de adequar a norma legal às injunções decorrentes da Convenção de Istambul. Ademais, o Relatório GREVIO¹²⁵, de janeiro de 2019, instou as autoridades portuguesas a alterar a legislação penal, de modo a garantir que os crimes sexuais se baseassem na prática do ato sexual não consentido livremente pela vítima. Com a Lei n.º 101/2019, o preceito passou a plasmar uma solução mista. De facto, com a inclusão do n.º 3 do artigo 164.º do CP, o legislador não prescindiu da exigência do constrangimento da vítima, mas definiu que o constrangimento deve ser entendido como qualquer meio utilizado na prática de atos sexuais de relevo contra a vontade cognoscível da vítima. Ora, com esta mudança legislativa, para que se verifique o crime de violação, basta que o ato sexual de especial relevo seja praticado contra a vontade cognoscível da vítima.

Ainda assim, tal como abordaremos *infra*, o conceito de constrangimento implicado neste tipo legal não é tão abrangente como o de ausência de consentimento livre, uma vez que atende apenas à vontade da prática dos atos sexuais e não às condicionantes impostas pelos intervenientes a estes atos sexuais. De acordo com Simas Santos e Leal-Henriques, a Convenção de Istambul impôs às Partes da Convenção a adoção na lei penal interna da noção de falta de consentimento para os diversos atos sexuais previstos, deixando à discricionariedade das mesmas a decisão sobre a formulação exata da legislação e os fatores considerados característicos de um consentimento livre¹²⁶.

O consentimento assenta num modelo dualista, podendo relevar, ao nível da tipicidade, nos casos em que existe acordo, e ao nível da ilicitude, como causa de justificação, quando existe consentimento¹²⁷. Visto que o crime de violação tutela o bem jurí-

¹²⁴ Alves, 1995, pp. 35 e 36.

¹²⁵ De acordo com o GREVIO – grupo composto por peritos independentes, eleitos pelos Estados Partes, responsável pelo controlo da aplicação da Convenção de Istambul –, o recurso ao constrangimento enquanto elemento típico não permitia afastar a longa prática dos Tribunais portugueses em requerer provas da efetiva resistência da vítima.

¹²⁶ Santos & Leal-Henriques, 2016, p. 482.

¹²⁷ Albuquerque, 2015, p. 263. Para mais desenvolvimentos sobre a matéria do acordo e consentimento, Andrade, 1991.

dico “liberdade e autodeterminação sexual”, a autodeterminação do indivíduo constitui o objeto de proteção da norma legal, não podendo assim afirmar-se que o comportamento, *ab initio*, preencheria necessariamente o tipo objetivo do ilícito¹²⁸. Assim, caso o pressuposto típico fosse a ausência de consentimento em detrimento do recurso ao conceito de constrangimento, o consentimento constituiria uma causa de atipicidade ou de “exclusão” da tipicidade¹²⁹, visto que o titular do bem em causa contribui para a sua realização¹³⁰.

No Código Penal, o consentimento constituiu causa de atipicidade no crime de violação de domicílio ou perturbação da vida privada, o que levou Teresa Pizarro Beleza a realçar a distinção efetuada pelo legislador relativamente ao crime de violação, já que o artigo 190.º do CP apenas exige que a conduta seja cometida contra a vontade da vítima¹³¹. Ora, contrariamente ao crime de violação, cuja norma visa tutelar a liberdade e autodeterminação sexual e exige o constrangimento da vítima, o conceito de consentimento é usado num crime que protege a integridade do domicílio. Visto que o crime de violação visa proteger um bem eminentemente pessoal, não se consegue entender a resistência do legislador nacional em estabelecer como elemento do tipo legal a ausência de consentimento, tendo em consideração que a liberdade sexual e a integridade física da vítima são bens mais relevantes que a autonomia e integridade do domicílio¹³².

Clara Sottomayor adverte ainda que “a prova de falta de consentimento, enquanto elemento interno da vontade, não é nova para os tribunais”¹³³, sendo que o argumento da dificuldade de prova para fundamentar o não alargamento do crime a todos os atos sexuais de relevo especificados não consentidos se baseia no receio de alegações falsas. Contudo, a autora sustenta que essa possibilidade “existe em qualquer crime, mas tal fenómeno não influenciou as definições dos tipos legais”¹³⁴. De facto, se o crime de violação de domicílio ou perturbação da vida privada, presente no artigo 190.º do CP, não tomou em conta a dificuldade de prova da ausência de consentimento, nem a possibilidade da existência de alegações falsas, não se entende como é que um crime, cujo bem jurídico tutelado é tão íntimo e pessoal, possa tomar em conta este fenómeno para a definição do seu tipo legal. Certamente, tal possibilidade não pesará tanto na definição do tipo legal como a exclusão de condutas que nos parece que o legislador pretendeu criminalizar.

Nas palavras de Tiedemann, “nem sempre a ‘conversão de crimes contra a moralidade em crimes contra a liberdade pessoal’ foi levada à descrição da factualidade típica”¹³⁵. Ora, num crime cujo bem jurídico protegido é eminentemente pessoal e íntimo, consideramos erróneo o foco da punibilidade não encontrar correlação na ausência de consentimento, mas apenas no constrangimento da vítima. De facto, se o tipo legal contivesse a falta de consentimento como elemento do tipo, a existência do

¹²⁸ Dias, 2007, p. 473.

¹²⁹ Correia, 2000, pp. 18 e 19; Ferreira, 2010, pp. 249 e 250.

¹³⁰ Costa, 2015, p. 302.

¹³¹ Beleza, 2016, p. 22.

¹³² *Idem*, 2016, p. 22.

¹³³ Sottomayor, 2015, p. 111.

¹³⁴ *Idem*, 2015, p. 112.

¹³⁵ Tiedemann, 1969, p. 205, cit. por Andrade, 1991, p. 384.

consentimento faria com que a tipicidade não existisse¹³⁶. Apesar da conversão do crime de violação num crime cujo bem tutelado é a liberdade e autodeterminação sexual e da constante evolução do âmbito de proteção da norma legal, o legislador foi incapaz de redirecionar a criminalização das condutas para o desrespeito da vontade da vítima em participar nestes atos sexuais de relevo, nas condições por si determinadas, mantendo o necessário constrangimento da vítima. Destarte, de acordo com Isabel Ventura, o facto de “o consentimento não fazer parte do tipo legal do crime tem como consequência a impunidade dos agressores/as, garantida pelos tribunais que adotam a perspetiva mais conservadora da doutrina”¹³⁷.

4.2. *Stealth*ing – enquadramento no crime de violação

No desiderato de compreendermos a distinta proteção oferecida pelos conceitos previamente referidos, traremos à discussão uma conduta específica, conhecida como *stealth*ing. O *stealth*ing consiste na remoção propositada e não consentida do preservativo durante a relação sexual. Importa-nos entender se tal conduta caberá no âmbito de tutela do artigo 164.º do Código Penal (ou mesmo de outra norma legal do Código Penal), bem como no âmbito do artigo 36.º da Convenção de Istambul.

O tipo legal de violação criminaliza as ações empreendidas pelo agente que constroem a vítima à prática de atos sexuais de especial relevo, com recurso ou não a meios típicos. Relativamente ao *stealth*ing, importa compreender que a prática do ato sexual de especial relevo com a vítima não é constrangida; antes, é por si pretendida. Contudo, a vontade e o consentimento da vítima encontram-se dependentes do uso de preservativo durante a relação sexual.

Não obstante tal conduta aumentar o risco de transmissão de doenças sexualmente transmissíveis, bem como o de uma possível gravidez, não nos parece que tal deva influenciar a sua inclusão no crime de violação, uma vez que este crime há muito se distanciou da visão que o associava à possível consequência da gravidez¹³⁸. Deste modo, tanto a gravidez, como a transmissão de doenças sexualmente transmissíveis, não devem ter influência na determinação do bem jurídico tutelado, sendo consequências extra típicas que valerão enquanto agravantes do tipo legal, de acordo com os n.ºs 3 e 5 do artigo 177.º do CP.

Assim, resta-nos compreender se um dos intervenientes da relação sexual, ao retirar o preservativo durante a mesma, sem o consentimento do outro interveniente, pratica ou não o crime de violação. Previamente à alteração efetuada pela Lei n.º 83/2015 ao n.º 2 do artigo 164.º do CP, tal conduta nunca poderia ser punida por este artigo, visto que, com exceção das situações em que existia uma especial relação entre o agente e a vítima, exigia-se o emprego de determinados meios típicos de constrangimento. Ora, tratando-se de uma relação sexual pretendida por ambos os intervenientes, ainda que com o recurso ao preservativo, seria inconcebível enquadrá-la no n.º 1 do art.º 164.º do

¹³⁶ Silva, 2012, p. 140.

¹³⁷ Ventura, 2016, pp. 57 e 58.

¹³⁸ Dias, 2012, pp. 743 a 746.

CP, já que o agente não constrangia a vítima por nenhum dos meios típicos plasmado nesse artigo.

Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 83/2015 e pela Lei n.º 101/2019, o crime estendeu a criminalização a todas as condutas em que a vítima tenha sido constrangida. Esta alteração permitiu, deste modo, consagrar um delito de execução livre que, nas palavras de André Lamas Leite, “se compreende atendendo à teleologia do programa incriminador visar abranger todas as hipóteses fácticas em que o agente obriga a manter, consigo ou com terceiro, ato ofensivo do bem jurídico ‘liberdade sexual’, emanação da ‘liberdade pessoal’ e do seu livre desenvolvimento”¹³⁹.

Todavia, tal intenção não foi totalmente concretizada. De facto, a conduta aqui em apreço não integrava o crime de violação, uma vez que o agente não constrange a vítima a manter consigo o ato sexual de relevo. Assim, apesar de nos parecer que o bem jurídico “liberdade e autodeterminação sexual” é ofendido – já que a vítima apenas consentiu no ato sexual com o uso do preservativo –, não ocorreu um efetivo constrangimento da vítima à prática da relação sexual.

Ora, o n.º 1 do artigo 164.º do CP radica a criminalização das condutas no constrangimento da vítima à prática do ato sexual, que constitui um elemento típico indispensável¹⁴⁰, não atendendo às circunstâncias envolventes do seu consentimento. No entanto, caso a vítima se apercebesse de que o agente removera o preservativo e este a constrangesse a continuar o ato sexual de relevo, encontrar-se-iam preenchidos os requisitos para a punição pelo crime de violação. Para o enquadramento da conduta nesta norma legal, importa que a vítima seja constrangida à prática do ato sexual de relevo, independentemente do momento em que este constrangimento ocorra, desde que entre o constrangimento e o ato sexual exista umnexo causal.

Todavia, no caso do “mero” *stealth*, o agente retira o preservativo intencionalmente, sem o consentimento e conhecimento da vítima, que, neste sentido, não é constrangida à prática do ato sexual de relevo especificado. Poder-se-ia questionar se a ausência de consentimento constitui um meio de constrangimento da vítima abrangido pelo n.º 1 do artigo 164.º do CP. Tal não nos parece o caso, visto que o constrangimento se refere à intervenção no ato sexual em causa e não às condicionantes envolventes. Com efeito, apesar de a Lei n.º 101/2019, de 6 de setembro ter introduzido o n.º 3, que estabelece que se entende “como constrangimento qualquer meio [...] empregue para a prática dos atos referidos [...] contra a vontade cognoscível da vítima”, o *stealth* continua a não ser enquadrável no crime de violação, uma vez que o artigo apenas atende à vontade da vítima relativamente aos atos sexuais *de per se* e não à vontade da vítima relativamente às circunstâncias e condicionantes atinentes a estes atos.

Sopesa ainda que o *stealth* não é criminalizado por nenhum tipo legal, sendo uma conduta que o legislador, por opção ou lacuna, não criminalizou. Poder-se-ia equacionar uma alteração ao crime de fraude sexual (art.º 167.º do CP) que retirasse a necessidade de o erro se fundar na identidade do agente. Atualmente, está criminalizado o

¹³⁹ Leite, 2016, p. 64.

¹⁴⁰ Lopes & Milheiro, 2015, p. 47.

aproveitamento, pelo agente, do erro da vítima sobre a sua identidade pessoal¹⁴¹. É requisito o dolo efetivo do agente, já que o agente tem de saber que a vítima está em erro e aproveitar-se de tal erro – na instrumentalização da vítima é que assenta a fraude¹⁴². Todavia, não nos parece que a alteração desta norma legal, de modo a enquadrar esta conduta, seja a opção mais correta. Com a alteração mencionada, o crime ocorreria com a prática dos atos sexuais de relevo que tivessem por base o aproveitamento fraudulento de erro da vítima. Porém, o erro não teria de ser provocado pelo agente – o que releva é que haja aproveitamento por parte deste¹⁴³. No caso do *stealththing*, mais do que um mero aproveitamento do erro da vítima, o agente coloca a vítima em erro sobre as condicionantes em que o ato sexual ocorre. Ora, a conduta aqui em causa reveste assim uma maior gravidade, visto que o agente, tendo conhecimento da vontade da vítima, decide contrariá-la, impondo-lhe a sua própria vontade.

Em sentido oposto ao artigo 164.º do Código Penal, a Convenção de Istambul assentou a criminalização das condutas na prática intencional de atos sexuais não consentidos pela vítima. Em harmonia com o disposto no n.º 1 do artigo 36.º da referida Convenção, as Partes deveriam adotar medidas legislativas para assegurar a criminalização de tais condutas. Ora, dado que estamos a abordar uma ação específica – *stealththing* –, importa verificar se, de acordo com a Convenção de Istambul, especificamente com o seu artigo 36.º, tal prática pelo agente seria tratada como violência sexual.

Isto posto, é fundamental atendermos ao n.º 2 do art.º 36.º, que estabelece que o consentimento “tem de ser prestado voluntariamente, como manifestação da vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes”. Destarte, importa que o consentimento exprima uma vontade pessoal e livre de qualquer tipo de pressão. Acresce ainda que o consentimento deve “verificar-se e persistir no momento da prática do facto, podendo ser revogado a todo o momento até à execução do facto e durante a execução do mesmo”¹⁴⁴. Caso a vítima revogue o consentimento prestado ao ato sexual de especial relevo e o agente prossiga tal conduta, este estará a perpetuar a conduta na ausência do consentimento da vítima, cometendo o crime de violência sexual (artigo 36.º da Convenção de Istambul). Ademais, cumpre destacar a importância atribuída ao “contexto das circunstâncias envolventes” do consentimento, uma vez que toma em conta a conjuntura em que o consentimento foi prestado, bem como as condicionantes do mesmo.

Ora, no caso do *stealththing*, tal reveste uma importância fulcral, já que o consentimento prestado não é só relativo à relação sexual de relevo *de per se*, mas também às condições em que os intervenientes pretendam que tal ato sexual ocorra. Assim, tendo a vítima consentido na relação sexual com o agente na dependência do uso do preservativo, com a remoção propositada e não consentida do mesmo, o agente praticou o crime em causa. De facto, com a remoção do preservativo, o ato sexual deixa de ser consentido, uma vez que a vítima apenas consentiu com aquela condicionante.

¹⁴¹ Albuquerque, 2015, p. 665.

¹⁴² *Idem*, 2015, p. 666.

¹⁴³ *Idem*, 2015, p. 666.

¹⁴⁴ *Idem*, 2015, p. 268.

Destarte, o pendor e a ilicitude do crime não se aferem apenas pelo desrespeito da vontade da vítima em não praticar o ato sexual, mas também pela afronta à opção da mesma em determinar quando, como e em que condições pretende que os atos sexuais ocorram. Em virtude do desrespeito pelo bem jurídico “liberdade e autodeterminação sexual”, o facto de ambos consentirem no relacionamento não retira a censurabilidade da conduta do interveniente que sobrepõe a sua vontade à vontade do outro quanto ao modo de realizar o ato.

No mesmo sentido, abordaremos sucintamente a conduta inversa ao *stealth*, ou seja, a colocação do preservativo durante a relação sem o consentimento do outro interveniente. Parece-nos que, relativamente a esta conduta, se aplicarão os mesmos fundamentos. De facto, se tomarmos o constrangimento como elemento típico indispensável, não nos parece que esta conduta integre o crime de violação, de acordo com o artigo 164.º do CP, uma vez que a vítima não é constrangida à prática do ato sexual. Com efeito, são as circunstâncias e condicionantes atinentes ao ato que são contra a vontade cognoscível da vítima e não o ato sexual *de per se*. Em oposição, considerando as imposições decorrentes da Convenção de Istambul e da obrigatoriedade de tomarmos em conta o consentimento da vítima, livre e esclarecido, de acordo com as circunstâncias envolventes, tal conduta seria punível, visto que a vítima não consentiu no ato sexual naquelas circunstâncias. Houve, portanto, uma clara afronta à liberdade da vítima de decidir o modo como queria que tais atos sexuais ocorressem. Poder-se-á dizer que esta conduta não reveste a mesma gravidade que o *stealth* ou as outras condutas sancionadas pelo crime de violação. Todavia, variadíssimas são as razões que podem levar um dos intervenientes da relação sexual a apenas consentir em relações sexuais que cumpram determinadas estipulações, não sendo o outro indivíduo obrigado a participar no ato em causa. Tal não significa, contudo, que, na hipótese de ambos acordarem que a relação deverá cumprir determinadas condições, um dos intervenientes possa subjugar a vontade alheia à sua própria vontade.

As alterações legislativas ao crime de violação, ao terem-se mantido fiéis à necessidade da existência do constrangimento da vítima, não abarcaram todas as condutas que a Convenção de Istambul pretendeu criminalizar. Conceição Cunha afirmou que as dúvidas entre a integração no n.º 1 e no n.º 2 não conduziram nunca à desproteção da liberdade sexual; poderiam apenas conduzir a uma diferença no grau de responsabilização penal¹⁴⁵. Porém, uma vez que o constrangimento se reporta ao ato sexual *de per se* e não às condicionantes que o envolvem, a extensão da tutela da norma é mais reduzida do que a que seria alcançada pela inclusão da ausência de consentimento livre no crime de violação e não conduz à criminalização de todas condutas lesivas do bem jurídico “liberdade e autodeterminação sexual”.

Uma nova alteração legislativa a este artigo aprofundaria o novo processo de neocriminalização. Este processo não se opõe à separação do Direito Penal da moral sexual, nem opera uma “*contra revolutio*”¹⁴⁶. De facto, o consentimento da vítima deverá emergir como o essencial para a verificação de um crime cujo bem tutelado é a “liberdade e

¹⁴⁵ Cunha, 2016, p. 140.

¹⁴⁶ Cunha, 2017, p. 401.

autodeterminação sexual”. Não obstante Figueiredo Dias ter defendido que “a violação de um bem jurídico-penal não basta por si para desencadear a intervenção, antes se requerendo que esta seja absolutamente indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade”¹⁴⁷, parece-nos que tais condutas, para além de violarem o bem jurídico, acarretam um enorme peso na livre realização da personalidade das vítimas. Ora, este alargamento tem como traço essencial o de, tal como defendido por Conceição Cunha, “conceder uma tutela mais abrangente aos bens jurídicos liberdade sexual [...], aprofundando o seu significado e conteúdo, a par de uma maior consciencialização quanto à lesividade de condutas que atentam contra estes bens”¹⁴⁸.

Conclusão

O Direito Penal visa proteger e tutelar bens jurídicos, variáveis consoante os valores considerados mais importantes na vida em sociedade, reconhecidos como tal e tidos como dignos de integrar tal categoria¹⁴⁹. Deste modo, o Estado não está apenas vinculado pelo direito que cria, está essencialmente vinculado pelo Direito que se impõe ao Estado-legislador¹⁵⁰.

O crime de violação, nos diferentes Códigos Penais, evoluiu e moldou-se às imposições sociais e culturais predominantes, direcionando a tutela, de um bem jurídico comunitário, assente na moral sexual social, para um bem jurídico individual, assente na liberdade e autodeterminação sexual. Com a mudança de paradigma, o legislador sentiu a necessidade de estender a criminalização a diferentes condutas danosas do bem jurídico “liberdade e autodeterminação sexual”.

No cerne deste trabalho encontra-se a Convenção de Istambul, que incumbiu as Partes de criminalizar os atos de natureza sexual não consentidos, e as subsequentes alterações introduzidas no art.º 164.º do CP. Contudo, tais reformas não foram suficientes para a concretização das injunções decorrentes da Convenção, já que deixaram de parte condutas não consentidas, como o *stealth*.

Destarte, não obstante concordarmos com Pedro Caeiro, que defende que “o CP [...] não deve ser alvo de constantes modificações, sob pena de se cair naquilo que começou a designar-se, em tom jocoso, por ‘processo legislativo em curso’”¹⁵¹, entendemos que, face à gravidade das condutas em causa e à incongruência e imprecisão da norma legal, é essencial uma alteração à norma legal prevista no artigo 164.º do Código Penal, que inclua a ausência de consentimento livre como elemento típico indispensável, em detrimento do constrangimento. Parece-nos que não se pretendeu, com as últimas revisões, deixar de parte as condutas supramencionadas, como o *stealth*. Antes percebemos que, ao tentar adaptar as imposições decorrentes da Convenção de Istambul, o legislador presumiu que o constrangimento por “qualquer meio [...] empregue para a prática dos atos [...] contra a vontade cognoscível da vítima” abarcava todos os atos sexuais não

¹⁴⁷ Dias, 2001, p. 57.

¹⁴⁸ Cunha, 2017, p. 401.

¹⁴⁹ Silva, 2011, pp. 9 e 10.

¹⁵⁰ Silva, 2010, p. 42.

¹⁵¹ Caeiro, 2019, p. 634.

consentidos. Desta forma, não ponderou devidamente a possibilidade de determinadas condutas, como o *stealth* – evidentemente atentatórias do bem jurídico protegido –, não se integrarem no conceito de constrangimento. Por fim, pretendemos ainda destacar que, num crime cujo bem jurídico tutelado é a “liberdade e autodeterminação sexual”, a liberdade de cada sujeito decidir se pretende ou não participar num ato sexual de relevo e o modo como quer que o mesmo ocorra assume o cerne da proteção da norma. Neste sentido, compreendemos que a ausência de consentimento livre do sujeito consiste num elemento típico mais protetor do bem jurídico em questão do que o constrangimento, visto que a criminalização assenta no desrespeito pela liberdade da vítima *de per se*, atendendo às circunstâncias em que os intervenientes pretendem (ou não) que o ato sexual ocorra, e não apenas no desrespeito pela vontade de não participar no ato sexual.

Bibliografia

Livros e artigos

ALBUQUERQUE, P.P. (2015). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.^a Edição Atualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora.

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 163.º a 179.º do Código Penal*. Coimbra: Almedina.

ANDRADE, M.C. (1991). *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora.

ANDRADE, M.C. (1993). Acta n.º 24. In *Código Penal, Actas e projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, pp. 229-270. Lisboa: Rei dos Livros.

ANTUNES, M.J. (2012). Artigo 178.º (Queixa). In Dias, J.F. (dir.). *Comentário conimbricense do Código Penal, Parte especial*, Tomo I, 2.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 894-899.

BELEZA, T. P. (1994). O conceito legal de violação. Separata da *Revista do Ministério Público*, n.º 59, pp. 51-64.

BELEZA, T.P. (1996). Sem sombra de pecado: O repensar dos crimes sexuais na revisão do Código Penal. In *Jornadas de Direito Criminal*, vol. I., 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 Cunha, M.C.F. (dir.). *Combate à violência de género: da Convenção de Istambul à nova legislação penal*. Universidade Católica Editora - Porto, pp. 15- 26.

CAEIRO, P. (2019). Observações sobre a projetada reforma do regime dos crimes sexuais e do crime de violência doméstica. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 3, pp. 631-679.

CARVALHO, A.T. (2008). *Direito penal, Parte geral: Questões fundamentais, Teoria Geral do Crime*, 2.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

CARVALHO, A.T. (2012). Artigo 153.º (Ameaça). In Dias, J.F. (dir.). *Comentário conimbricense do Código Penal, Parte Especial*. Tomo I, 2.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 550-567.

CONDE, F.M. (2001). *Derecho penal, Parte especial*, 13.^a Edição. Valencia: Tirant lo Blanch.

CORREIA, E. (2000). *Direito criminal – II*, reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina.

COSTA, J.F. (2015). *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis)*, 4.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

CUNHA, M.C.F. (1999). Artigo 210.º (Roubo). In Dias, J.F. (dir.). *Comentário conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 158-192.

CUNHA, M.C.F. (2002). Breve reflexão acerca do tratamento jurídico-penal do incesto. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 3, pp. 343-370.

CUNHA, M.C.F. (2003). Crimes sexuais contra crianças e jovens. In Sottomayor, C. (coord.). *Cuidar da justiça de crianças e jovens: a função dos juízes sociais. Actas do Encontro*. Coimbra: Almedina, pp. 189-227.

CUNHA, M.C.F. (2011). Conceito de violência no crime de violação. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 3, pp. 441-479.

CUNHA, M.C.F. (2016). Do dissentimento à falta de capacidade para consentir. In Cunha, M.C.F. (coord.). *Combate à violência de género: da Convenção de Istambul à nova legislação penal*. Universidade Católica Editora - Porto, pp. 129-166.

CUNHA, M.C.F. (2017). Da criminalização do “grooming”: Reflexões à luz do “livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual”. In *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade, Volume I – Direito Penal*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra, pp. 399-418.

CUNHA, M.C.F. (2017). *Os crimes contra as pessoas: Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino da disciplina*. Porto: Universidade Católica Editora.

DEVESA, J.M.R. (1980). *Derecho penal español: Parte especial*, 8.ª Edição. Madrid: Alcaná Libros.

DIAS, J.F. (1993). Acta n.º 24. In *Código Penal, Actas e projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, pp. 229-270. Lisboa: Rei dos Livros.

DIAS, J.F. (2001). *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora.

DIAS, J.F. (2005). *Direito Penal português, Parte geral, Tomo II – As consequências jurídicas do crime*. Coimbra: Coimbra Editora.

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

DIAS, J.F. (2012). Artigo 163.º (Coação Sexual). In Dias, J.F. (dir.). *Comentário conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, 2.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora pp. 714-742.

DIAS, J.F. (2012). Artigo 164.º (Violação). In Dias, J.F. (dir.). *Comentário conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, 2.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 743-755.

DIAS, J.F. (2012). Nótula antes do art. 163.º. In Dias, J.F. (dir.). *Comentário conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I*, 2.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 708-713.

DIAS, J.F. (2016). “O direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional implícito. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3998, pp. 250-266.

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 8 (especial), pp. 213-279.

DUARTE, J.M.V.M.D. (1999). Homossexualidade com menores. Artigo 175.º do Código Penal. *Revista do Ministério Público*, n.º 78, pp. 73-113.

FERREIRA, M.C. (2010). *Lições de Direito Penal: Parte geral, I – A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982* (Reimpressão da 4.ª Edição de setembro de 2012) e *II – Direito penal e medidas de segurança* (Reimpressão da edição de janeiro de 1989). Coimbra: Almedina.

GARCIA, M.M. & RIO, J.M.C. (2014). *Código Penal – Parte Geral e Especial: com notas e comentários*. Coimbra: Almedina.

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

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). A tutela penal da liberdade sexual. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 1, pp. 29-94.
- LOPES, J.M. (2008). *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, 4.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- LOPES, J.M. & MILHEIRO, T.C. (2015). *Crimes sexuais: Análise substantiva e processual*, 1.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- NATSCHERADETZ, K.P. (1985). *O Direito penal sexual: conteúdo e limites*, Coimbra: Livraria Almedina
- NAVARRETE, M.P. (1975). *Introducción a los delitos contra la honestidad*. Sevilla: Universidad de Sevilla.
- PATTO, P.V. (2001). Direito penal e ética sexual. In *Direito e Justiça*, volume XV, Tomo II, pp. 123-145. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Católica.
- PEREIRA, R.C. (1996). Liberdade sexual: a sua tutela na reforma do Código Penal. *Sub Judice, Justiça e Sociedade*, n.º 11, pp. 41-48.
- SANTOS, M.J.C.S. & LEAL-HENRIQUES, M.O. (2016). *Código Penal anotado*, vol. III, 4.ª Edição. Lisboa: Rei dos Livros.
- SILVA, F. (2011). *Direito penal especial: Crimes contra as pessoas*, 3.ª Edição. Lisboa: Quid Juris, Sociedade Editora.
- SILVA, G.M. (2005). *Direito penal português, Parte geral, vol. II – Teoria do Crime*, 2.ª Edição. Lisboa: Editorial Verbo.
- SILVA, G.M. (2010). *Direito penal português, Parte geral I: introdução e teoria da lei penal*, 3.ª ed., Lisboa: Verbo.
- SILVA, G.M. (2012). *Direito penal português: Teoria do crime*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- SOTTOMAYOR, M.C. (2011). O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista. A propósito do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de abril de 2011. *Revista do Ministério Público*, n.º 128, pp. 273-318.
- SOTTOMAYOR, M.C. (2015). *A Convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de género*. Centro de Estudos e Investigação em Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, n.º 31, pp. 105-121.
- SOTTOMAYOR, M.C. (2016). Assédio sexual nas ruas e no trabalho: uma questão de direitos humanos. In Cunha, M.C.F. (coord.). *Combate à violência de género: da Convenção de Istambul à nova legislação penal*. Porto: Universidade Católica Editora, pp. 69-90.
- SOUSA, A.P. (2016). Análise crítica do acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de abril de 2011 à luz do artigo 164.º do Código Penal e do artigo 36.º da Convenção de Istambul. In Cunha, M.C.F. (coord.). *Combate à violência de género: da Convenção de Istambul à nova legislação penal*. Porto: Universidade Católica Editora, pp. 277-282.
- VENTURA, I. (2016). A violação na jurisprudência e na doutrina. In Cunha, M.C.F. (coord.). *Combate à violência de género: da Convenção de Istambul à nova legislação penal*. Porto: Universidade Católica Editora, pp. 39-68.

Legislação

Constituição da República Portuguesa de 1976, revista e atualizada.

Decreto de 10 de dezembro de 1852, que aprova o Código Penal, versão *online*, disponível em: <http://www.fd.unl.pt/anexos/investigacao/1265.pdf>.

Decreto de 16 de setembro de 1886, que aprova o Código Penal, versão *online*, disponível em: <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1274.pdf>.

DL n.º 400/82, de 23 de setembro, que altera o Código Penal, versão *online*, disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=101&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo=.

DL n.º 48/95, de 15 de março, que altera o Código Penal, versão *online*, disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=lei_velhas&nversao=1&so_miolo=.

Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, que altera o Código Penal, versão *online*, disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=lei_velhas&nversao=4&so_miolo=.

Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, que altera o Código Penal, versão *online*, disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=930&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=.

Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, que altera o Código Penal, versão *online*, disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2381&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=.

Lei n.º 8/2017, de 3 de maio, que estabelece um estatuto jurídico dos animais, disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/106549655/details/maximized>.

Lei n.º 101/2019, de 6 de setembro, que altera o Código Penal, versão *online*, disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=lei_velhas&nversao=48&so_miolo=.

Resolução da Assembleia da República n.º 4/2013, de 21 de janeiro, que aprova a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica (Convenção de Istambul), versão *online*, disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1878&tabela=leis.

Jurisprudência

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 25 de junho de 2014, relator: Jorge Dias, versão *online*, retirado de: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/ab383cd3bdb9906880257d070048d2ec?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de abril de 2011, relator: Eduarda Lobo, versão *online*, retirado de: <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/0/1c550c3ad22da86d80257886004fd6b4?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 4 de dezembro de 2003, *M. C. c. Bulgária*, Queixa n.º 39272/98.

Relatórios, pareceres, projetos de lei e recomendações

Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence, GREVIO's (Baseline) Evaluation Report, on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against

Women and Domestic Violence (Istanbul Convention), PORTUGAL, retirado de: <https://rm.coe.int/grevio-reprton-portugal/168091f16f>.

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 da APAV, 2014, versão *online*, retirado de: https://apav.pt/apav_v3/images/pdf/Parecer_da_APAV_relativo_as_implicacoes_legislativas_da_Convencao_de_Istambul.pdf.

Parecer sobre o Projeto de Lei n.ºs 1047/XIII/4.^a da Associação Portuguesa de Mulheres Juristas, Lisboa, 2019, versão *online*, retirado de: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d46446232317063334e686279396d4d6a466a4d3255345969316c59324d314c5452695a5459744f544a684d5330774e6d4d304d4749314e4455794d446b756347526d&fich=f21c3e8b-ecc5-4be6-92a1-06c40b545209.pdf&Inline=true>.

Parecer sobre o Projeto de Lei n.ºs 1047/XIII/4.^a da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Gabinete de Estudos e Observatório dos Tribunais, 2019, versão *online*, retirado de: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d46446232317063334e68627938325a446b784f4441304e43316c4e4751354c5451784e7a45745957566d4d7930314e6a6b324f445133596a557a5a5445756347526d&fich=6d918044-e4d9-4171-aef3-5696847b53e1.pdf&Inline=true>.

Projeto de Lei n.ºs 1047/XIII/4.^a do PAN (Pessoas-Animais-Natureza), 2018, versão *online*, retirado de: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a535339305a58683062334d76634770734d5441304e79315953556c4a4c6d527659773d3d&fich=pjl1047-XIII.doc&Inline=true>.

Recomendação Rec (2002) 5 do Comité de Ministros do Conselho da Europa, disponível em: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805e2614.

A Responsabilidade Penal das Pessoas Coletivas
no confronto com os artigos 137.º e 148.º do Código Penal
– Âmbito do artigo 11.º do Código Penal

Isabel Cristina Pinto Amorim

Sob orientação da
Professora Doutora Paula Ribeiro de Faria

Agradecimentos

À Universidade Católica Portuguesa – Escola de Direito do Porto, pelas excelentes condições e pelo exemplar ensino do Direito.

À minha orientadora, Professora Doutora Paula Ribeiro de Faria, por me ter despertado a curiosidade na área do Direito Médico, pelas aulas cativantes a que tive a honra de assistir, pela disponibilidade e ajuda ao longo deste percurso.

À Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, minha *Alma Mater*, à qual devo grande parte da minha formação, não apenas enquanto jurista mas também enquanto pessoa.

À minha cidade, cidade da Lixa, que se tornou o meu refúgio nas horas mais apertadas, onde sempre contei com um abraço reconfortante de familiares e amigos.

Às melhores amigas que Coimbra me deu, Beatriz e Vanessa, que apesar da distância me acompanham em todas as etapas da minha vida.

Aos colegas e amigos que fiz, ainda que em pouco tempo, na Universidade Católica Portuguesa.

Ao meu padrinho, Abílio, que me deu a conhecer, em tenra idade, o fascínio pelo Direito e pela Justiça.

Ao meu primo Carlos Lúcio, que muito me tem ensinado nestes últimos meses.

Ao meu irmão, Manuel, que sempre foi e será o meu melhor amigo e o meu parceiro de todas as horas.

Ao meu namorado, Rúben, pelo amor, pela calma e pelo apoio que me transmitiu durante este percurso.

Aos meus avós, como referência de vida que são para mim. E, em especial, ainda que distante num outro mundo que não o nosso, ao meu avô Nelo, por quem sinto uma enorme saudade, pelo exemplo de pessoa que foi, pelo amor e carinho que outrora partilhámos e que ainda hoje sinto.

E, finalmente, mas de todos os agradecimentos o mais importante, aos meus pais, António e Ana Maria, porque sem eles não estaria no lugar onde estou. A eles dedico esta dissertação, por nunca duvidarem das minhas capacidades, por me incentivarem todos os dias a ser mais e melhor, por todo o carinho, amor, apoio e palavras de conforto ao longo da minha vida. Aquilo que sou hoje é graças a eles, aos meus pilares, aos meus pais.

Resumo

Trata-se aqui da responsabilidade penal das pessoas coletivas pelos crimes de homicídio e ofensas à integridade física negligentes dos arts. 137.º e 148.º do Código Penal, que não se encontra prevista no artigo 11.º do mesmo Código, sendo certo que podem decorrer graves lesões destes bens jurídicos por parte de pessoas coletivas, a atuar designadamente na área da saúde. Discute-se também a possibilidade de censurar diretamente a pessoa coletiva pelas deficiências apresentadas na sua estrutura e organização que se venham a repercutir negativamente nos mesmos bens jurídicos das pessoas ao seu cuidado.

Palavras-chave: Responsabilidade penal; pessoas coletivas; homicídio negligente; ofensas à integridade física negligentes; culpa; saúde; entidades hospitalares.

Abstract

The present dissertation focuses on legal persons' criminal liability for negligent homicide and physical injuries foreseen in articles 137.º and 148.º of the Criminal Code. This liability is not included in article 11.º of the same Code, although individuals' rights can easily be affected by the activity of corporations, namely in the health sector. The possibility of direct censorship of legal persons for the violation of individuals' rights by reason of deficiencies in their structure and organization is also addressed herein.

Keywords: Criminal responsibility; legal persons; negligent homicide; negligent physical integrity offenses; guilt; health; hospital entities.

Lista de siglas, abreviaturas e locuções

Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
<i>Apud</i>	Citado por
Art.	Artigo
CCCCP	Comentário Conimbricense do Código Penal
CP	Código Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
EPE	Entidades Públicas Empresariais
EUA	Estados Unidos da América
HIV	Vírus da Imunodeficiência Humana
I.e.	Isto é, ou seja, noutros termos
<i>Lato sensu</i>	em sentido amplo
<i>Op. cit.</i>	Da obra citada
P.	Página
PP.	Páginas
PPP	Parceria(s) Público-Privada(s)
Rec.	Recomendação
Séc.	Século
SNS	Sistema Nacional de Saúde
TC	Tribunal Constitucional
TRG	Tribunal da Relação de Guimarães
TRP	Tribunal da Relação do Porto
UE	União Europeia
V.g.	Por exemplo

Índice

Introdução	6
1. Direito penal e direito da saúde	6
1.1. Os crimes de homicídio negligente e de ofensas à integridade física negligentes no contexto médico-hospitalar	6
1.2. Direito penal médico e gestão de riscos	8
1.3. O direito à saúde e o Sistema Nacional de Saúde	12
2. A responsabilidade penal das pessoas coletivas	13
2.1. Breve evolução histórica e influências do Direito Comunitário	13
2.2. Os problemas suscitados pela incapacidade de culpa e de ação das pessoas coletivas	15
2.3. Como pode a pessoa coletiva praticar crimes negligentes?	16
2.4. A responsabilidade penal das pessoas coletivas em Portugal	22
2.5. O rol de crimes imputáveis às pessoas coletivas – art. 11.º, n.º 2 do Código Penal	23
2.6. A problemática da exclusão das pessoas coletivas de direito público	25
3. A responsabilidade médica-hospitalar em Portugal	28
Conclusão	31
Bibliografia	33

Introdução

A Medicina e o Direito são as áreas do saber mais antigas da Humanidade, isto porque a sociedade sempre teve necessidade de disciplinar as relações entre os seus membros e de cuidar dos seus doentes.

Desde 2007, o nosso ordenamento jurídico tem sido marcado por uma grande reviravolta no que concerne à responsabilidade das pessoas coletivas. Vivemos num contexto em que a nova criminalidade emerge a um ritmo assustador e, face às novas exigências de prevenção e punição, o legislador viu-se no dever de consagrar, penalmente, a responsabilidade dos entes coletivos. Apesar das incertezas que ainda hoje alguns juristas demonstram, de uma forma geral a maioria entende favoravelmente a necessidade de combater a criminalidade ligada às empresas.

Nas palavras de Faria Costa, “o grande e privilegiado centro da vida económica deixou de ser a pessoa individual para passar a ser – e de que maneira – a empresa, a pessoa coletiva”¹.

A atividade médica lida com alguns dos bens jurídicos mais importantes: a vida, a integridade física, a saúde e a liberdade do paciente.

O tema que nos propomos aqui tratar incide sobre a responsabilidade criminal das pessoas coletivas por violação de dois grandes direitos fundamentais do indivíduo – a integridade física e a vida – no exercício da medicina em estabelecimentos de saúde. Nesta vertente iremos problematizar a escassa amplitude do art. 11.º do CP, dado o facto de os crimes de ofensas à integridade física negligente e homicídio negligente não constarem do elenco dos crimes do n.º 2 do preceituado artigo.

A discussão que envolve a criminalização das pessoas coletivas está longe de ser pacífica, e, ao longo dos tempos, vários foram os argumentos contra e a favor da mesma. De todos os problemas encontrados, aqueles em que mais se elevaram as vozes foram o da (in)capacidade de culpa e ação das pessoas jurídicas e o da natureza individual das penas.

Sobre este tema surgem importantes questões; desde já, saber de que forma as pessoas coletivas podem praticar crimes negligentes e se as pessoas coletivas podem ser responsabilizadas independentemente dos seus órgãos e representantes.

1. Direito penal e direito da saúde

1.1. Os crimes de homicídio negligente e de ofensas à integridade física negligentes no contexto médico-hospitalar

A responsabilização médica é algo recente, sendo discutida sob um clima de desconfiança, a chamada “guerra fria”² entre juristas e médicos. Esta desconfiança é desvantajosa quer para aqueles que exercem a medicina, quer para aqueles a quem compete a realização da justiça e, mais ainda, para quem mais importa proteger – a população em geral, e os doentes em especial³.

¹ Costa, 2003, p. 49.

² Andrade, 1999, p. 460.

³ Cunha, 2003, p. 809.

Relativamente a este tema, as decisões jurisdicionais encontram-se numa teia de outras decisões humanas e sociais, que têm a ver com a prossecução de atividades conexas com a saúde, a medicina e as ciências da vida, tais como a decisão médica, a decisão pericial, a decisão científica, a decisão político-legislativa, a decisão administrativa, a decisão consultiva e decisão deontológica⁴.

Antes da entrada em vigor do CP de 1982, parte significativa da doutrina e jurisprudência nacionais inclinava-se no sentido de considerar todas as intervenções e tratamentos médicos como ofensas corporais típicas⁵. Ao longo do tempo, foi-se construindo um regime que reconheceu a importância da regulação das atividades provindas da medicina, conferindo um tratamento privilegiado às mesmas (*cf.* art. 150.º do CP)⁶.

Hoje, os médicos podem ser responsabilizados civilmente⁷, penalmente⁸ e disciplinarmente⁹.

Os médicos respondem penalmente quando violam uma norma tipificada pelo CP, sendo a mais gravosa modalidade de responsabilidade. Neste caso, a responsabilidade é desencadeada pela negligência, podendo então falar-se de homicídio negligente e ofensas à integridade física negligentes. O mesmo já não acontece – e com muita pena nossa – quando se trata de entidades coletivas/hospitais, não estando prevista a sua responsabilização por estes mesmos crimes.

Na criminalização do homicídio negligente (art. 137.º do CP) procura-se proteger o bem jurídico vida. Este tipo de ilícito não se preenche quando a conduta do agente não criou, assumiu ou potenciou um risco não permitido para a vida da vítima ou, sendo a própria conduta em si perigosa, essa conduta se manteve dentro dos limites do risco permitido (aqui com enfoque na atividade médica, quando uma pessoa vem a falecer mesmo que o cirurgião tenha cumprido a *leges artis* na cirurgia)¹⁰. O ilícito-típico negligente está sempre acompanhado pela violação, por parte do agente, do dever de cuidado imposto¹¹.

O regime previsto para as ofensas à integridade física negligentes apresenta vários pontos semelhantes ao homicídio negligente, sendo mais um crime associado às práticas clínicas da saúde. Aqui pretende-se proteger, nas palavras de Paula Ribeiro de Faria, “a pessoa da vítima no seu todo, abrangendo a integridade corporal ou física em sentido estrito e a integridade moral ou psíquica, uma vez que o corpo e o espírito não são compartimentos estanques”¹². Este tipo legal tanto pode ser preenchido por ação como por omissão (se o agente se encontrar numa posição de dever de garante quanto ao bem jurídico lesado e reunindo os pressupostos do art. 10.º do CP) e é resultado de dano que

⁴ Coelho, 2013, p. 74.

⁵ Pacheco, 2014, p. 17.

⁶ Faria, 1999, p. 418.

⁷ Para mais desenvolvimentos sobre a responsabilidade civil dos médicos, consultar Rodrigues, 2000, pp. 172-227.

⁸ Para mais desenvolvimentos, ver Pacheco, 2014, pp. 23-25.

⁹ Para mais desenvolvimentos, consultar Rodrigues, 2007, pp. 27-28.

¹⁰ Dias & Brandão, 2012, p. 176.

¹¹ Para mais desenvolvimentos, consultar Dias & Brandão, 2012, pp. 179 e ss.

¹² Faria, 2012, pp. 299 e ss.

foi produzido pelo agente; é indiferente as ofensas serem simples ou graves, relevando apenas na determinação da medida da pena¹³.

Neste âmbito destacam-se os critérios de imputação objetiva e o problema do risco permitido, uma vez que estes crimes negligentes resultam da violação de um dever objetivo de cuidado, previsto no art. 15.º do CP¹⁴.

No tocante aos hospitais ou serviços públicos de saúde, estes apenas respondem no foro administrativo através da Lei n.º 67/2007¹⁵, sendo inexistente a sua responsabilização criminal, problemática sobre a qual nos debruçaremos mais adiante. Já os hospitais de natureza privada podem ser responsabilizados penalmente através do art. 11.º do CP; contudo, uma vez que o elenco do n.º 2 do art. 11.º não abrange os crimes negligentes de homicídio e ofensas à integridade física, esses mesmos crimes ficam impunes por força dos princípios da tipicidade e legalidade.

1.2. Direito penal médico e gestão de riscos

O direito penal, enquanto ramo de direito público e protetor de bens jurídicos, consubstancia a forma mais gravosa de responsabilidade do nosso ordenamento jurídico. As suas sanções interferem com a liberdade do indivíduo, configurando-se, assim, como uma forte restrição de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos¹⁶.

Antigamente, a medicina era vista como um poder sobrenatural e era colocada num plano completamente separado do direito. Com a evolução dos tempos e a consciencialização da necessidade de proteção do indivíduo e dos seus direitos, passou a ser vista como uma área científica que devia ser regulada por normas jurídicas.

Apesar de se tratar de uma área de direito difícil de definir, quer por se encontrar em permanente evolução, quer pela tendência expansiva que revela, sabemos que o direito penal médico pretende proteger os bens jurídicos consagrados pela norma.

No que toca ao exercício da medicina pelos profissionais, a reação penal interessa como valor coletivo, tendo sido tipificadas, ao longo do nosso CP, normas que visam a proteção da coletividade contra este tipo de crimes, desde logo, a violação dolosa da *leges artis* (art. 150.º, n.º 2), intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários (art. 156.º), violação do dever de esclarecimento (art. 157.º), atestado falso (art. 260.º), alteração de análise ou receituário (art. 283.º, al. b)), recusa do médico (art. 284.º) com agravação prevista no art. 285.º.

Além destes crimes, também existem crimes comuns – que não são exclusivos dos profissionais –, que podem originar responsabilidade criminal, nomeadamente num contexto hospitalar; por exemplo, homicídio a pedido da vítima (art. 134.º), homicídio por negligência (art. 137.º), aborto (art. 140.º e ss.), ofensas à integridade física por negli-

¹³ Faria, 2012, p. 400.

¹⁴ A violação do dever objetivo de cuidado integra, juntamente com a produção do resultado de ofensas ao corpo ou à saúde, o tipo objetivo de ilícito negligente, e traduz o desvalor da conduta próprio do facto negligente – Faria, 2012, p. 401.

¹⁵ Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Pessoas Coletivas Públicas.

¹⁶ Aqui, a CRP, através do seu art. 18.º, n.º 2, limita o âmbito de intervenção do Direito Penal, no sentido em que só podem ser restringidos direitos, liberdades e garantias para salvaguardar outros interesses constitucionalmente protegidos. Está inerente um conceito de dignidade penal e de necessidade penal.

gência (art. 148.º), procriação artificial não consentida (art. 168.º), violação de segredo (art. 195.º), aproveitamento indevido de segredo (art. 196.º) e propagação de doença contagiosa (art. 283.º, al. a)).

A responsabilidade penal nesta área surge sobretudo na sequência de atos negligentes. O crime doloso consubstancia uma barreira psicológica, isto porque se supõe que nem o médico, nem os estabelecimentos de saúde vão lesar os seus doentes intencionalmente, tornando-se num contrassenso. No limite existe dolo eventual, mas dolo direto nunca, pelo menos não se conhece qualquer caso de dolo direto.

Falar de responsabilidade penal médica é falar de condutas que contendem com a vida, a integridade física ou a saúde da pessoa, sendo a medicina uma das áreas mais expostas à responsabilidade penal, pois existe um grande risco associado aos bens jurídicos fundamentais com que trabalham. E se os médicos podem ser responsabilizados penalmente quando estes bens jurídicos são violados, porque não os estabelecimentos hospitalares? Não é a violação do bem jurídico que releva para punição?

Dada a importância dos serviços de saúde e o risco que o desenvolvimento desta atividade envolve para os direitos fundamentais das pessoas, o Estado não se pode colocar de fora da sua regulamentação. Por isso, criou e desenvolveu instâncias específicas de regulação: a Entidade Reguladora da Saúde (ERS)¹⁷ e, dentro desta, o Sistema Nacional de Avaliação em Saúde (SINAS). Além disto, desenvolveram-se também mecanismos de gestão do risco que servem como prevenção para os doentes, visitas e profissionais.

No âmbito da medicina existem riscos, mas são os chamados riscos permitidos próprios da atividade médica. Este risco assenta num jogo de probabilidades e supõe uma ponderação entre as vantagens que se espera retirar – e que são retiradas – da prestação de cuidados de saúde e as desvantagens – as consequências negativas eventuais, as complicações que podem surgir no decurso dessa atividade¹⁸.

É certo que o estado de saúde do indivíduo constitui um equilíbrio frágil, submetido aos riscos aleatórios da vida¹⁹. Nos nossos dias, esses riscos multiplicam-se no ambiente dos estabelecimentos de saúde com internamento, já por via da frequência dos acontecimentos adversos medicamentosos, já por ação de microrganismos altamente patogénicos em corpos debilitados²⁰.

Atualmente, milhares de pessoas morrem em consequência de reações medicamentosas adversas, ocupando esta patologia iatrogénica, só nos EUA, uma posição entre a quarta e a sexta causas de morte²¹. Já no campo das infeções hospitalares, também

¹⁷ Através da comunicação social, facilmente constatamos o caótico funcionamento da saúde em Portugal. Os cidadãos queixam-se cada vez mais dos estabelecimentos de saúde públicos, privados e do setor social. Os principais descontentamentos nos serviços públicos estão ligados ao tempo de espera e ao acesso a cuidados de saúde (sobretudo falta de médico de família); no setor privado, as principais razões de queixa devem-se a procedimentos administrativos e a cuidados de saúde e segurança do doente. Em 2017 a ERS recebeu mais de 80 000 reclamações e estima-se que em 2018 tenha ultrapassado as 110 000 reclamações – *in Público* disponível em <https://www.publico.pt/2018/05/21/sociedade/entrevista/saude-este-ano-o-numero-de-reclamacoes-devera-ultrapassar-as-110-mil-1830777>; e *Relatório de 2017 da ERS*, retirado de https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/2231/Relat_rio_RECS_2017.pdf.

¹⁸ Faria, 2010, p. 15.

¹⁹ Rodrigues, 2013, p. 442.

²⁰ Rodrigues, 2013, p. 442.

²¹ Rodrigues, 2013, p. 442.

designadas “infecções nosocomiais”, não são apenas os surtos infecciosos em hospitais, de que a comunicação social nos vai dando conta com regularidade impressionante, mas também lesões graves decorrentes dos estados infecciosos, designadamente septicemias fatais e, muitas vezes, tudo “justificado” sob a alegação de fatalidade inevitável²².

Nas palavras de Houdart, “a intervenção hospitalar tornou-se cada vez mais frequente e diversificada. Ela não diz respeito apenas à segurança médica e à proteção dos bens do doente internado, mas também assume um cariz extrapatrimonial. Atualmente, o desenvolvimento da intervenção hospitalar pode ser considerado, para além de um dever de proteção ou de uma obrigação suplementar posta a cargo da instituição hospitalar, uma missão geral do serviço público hospitalar de assegurar ao doente o repouso, a tranquilidade e a segurança durante a sua estadia. Trata-se de uma genuína missão acessória. A par das suas prerrogativas e das suas funções, o exercício desta missão inscreve-se nas atribuições do Diretor, verdadeiro garante da proteção do doente”²³.

Nesta missão acessória, caracterizada pelo autor francês, é importante que seja respeitado o cuidado devido por parte dos órgãos e representantes do hospital, que deverão fazer tudo ao seu alcance para minimizar os riscos do doente no que toca ao ambiente em que o mesmo irá receber tratamento, visto que a sua condição de saúde já é suficientemente debilitada, pois só por isso se dirige a um serviço de saúde. Além disso, existem casos em que a doença obriga a uma estadia prolongada no leito hospitalar, acabando o hospital por se substituir à família no que diz respeito ao seu “papel protetor”.

Desta forma, podemos identificar, através da classificação tripartida de Tabuteau²⁴, riscos terapêuticos, riscos clínicos e riscos sanitários que podem potenciar a responsabilização criminal médica hospitalar²⁵. Os riscos terapêuticos são aqueles que concernem exclusivamente aos cuidados, tratamentos e todo o género de atos médicos curativos; os riscos clínicos são os que se verificam relativamente aos restantes atos médicos, designadamente aos atos preventivos (profiláticos); e os riscos sanitários dizem respeito ao conjunto de atividades do sistema de saúde, que, desta sorte, não são exclusivos dos atos dos profissionais de saúde, mas também concernem às decisões e intervenções das autoridades e dos dirigentes dos serviços²⁶.

Infelizmente, a nosso ver, a responsabilidade penal dos entes coletivos em Portugal encontra-se bastante longínqua do contexto francês, país onde os estabelecimentos hospitalares respondem criminalmente já desde 1994, com a entrada em vigor do atual *Code Pénal*, tendo havido ainda, em 2000, uma importante alteração que passou a prever a responsabilidade da pessoa coletiva, de forma autónoma, em casos de negligência em que não se consegue apurar o responsável.

Relativamente às organizações ligadas à saúde, a sua interligação com o meio envolvente leva, conseqüentemente, a uma constante influência demográfica, legislativa,

²² Rodrigues, 2013, p. 442.

²³ Houdart, 1996, p. 8.

²⁴ Especialista em Responsabilidade Hospitalar, Conselheiro de Estado, Presidente da Secção Social e Co-diretor do Instituto de Saúde Francês.

²⁵ Rodrigues, 2013, p. 449.

²⁶ Rodrigues, 2013, pp. 449-450.

tecnológica, económica e financeira, acrescida ainda dos fatores sociais e culturais de cada país.

A segurança dos utentes e dos profissionais é um dos pilares do modelo clássico de governação clínica que importa assumir como um valor de aferição da atividade das organizações hospitalares. A sua operacionalização concretiza-se numa política de gestão de risco, enquanto componente estratégica que visa minimizar os riscos associados à prática clínica, na perspetiva dos doentes, dos prestadores de cuidados e da organização²⁷.

Os avanços tecnológicos na área da saúde, a evolução nos procedimentos e equipamentos de diagnóstico, o desenvolvimento farmacológico e o melhor conhecimento dos processos de doença estão associados a uma maior e melhor oferta de cuidados assistenciais. Contudo, a ampla utilização destes recursos introduz nas organizações hospitalares fatores acrescidos de risco para os doentes/utentes, visitas e funcionários. Este progresso nos cuidados de saúde é acompanhado de uma maior complexidade de equipamentos e fármacos, de onde decorrem inúmeros e novos fatores de risco no ambiente hospitalar, *v.g.*, de natureza física (riscos associados a calor, ruído, radiações), química (riscos associados à utilização de produtos de desinfeção e esterilização, de soluções terapêuticas – quimioterapia – e de gases medicinais), mecânica (risco de queda), biológica (risco de transmissão nosocomial de tuberculose e contaminação por HIV), ergonómica e psicológica (violência)²⁸.

A partir do momento em que algum deste tipo de acidentes ocorre, dá-se logo uma quebra de confiança entre o paciente e o estabelecimento hospitalar, bem como por parte dos profissionais de saúde, que também podem ser prejudicados com estas ocorrências. Estamos aqui, mais uma vez, a falar de violações de direitos ligados à vida e à integridade física.

É por isso que é importante analisar a gestão de risco nos hospitais e centros hospitalares, devendo esta questão constituir uma prioridade para cada estabelecimento de saúde, de forma a aumentar a segurança e a qualidade dos serviços a prestar àqueles que mais necessitam.

Compete às organizações implementar uma estratégia de gestão do risco, enquanto metodologia integrada e sistemática, o que implica responsabilidades adicionais dos responsáveis e colaboradores, na identificação, análise, avaliação e monitorização dos riscos associados às atividades hospitalares. Esta estratégia deverá integrar programas de melhoria contínua da qualidade, bem como criar condições, promover e reforçar práticas seguras de trabalho, visando o aumento da segurança, nomeadamente no que se refere à qualidade da prescrição, utilização racional do medicamento, prevenção e controlo da infeção²⁹.

Na gestão de riscos, deve também estar incluída a formação técnica e científica contínua dos profissionais, proporcionando-lhes um acompanhamento adequado dos

²⁷ Ministério da Saúde, 2010, p. 27.

²⁸ Ministério da Saúde, 2010, p. 27.

²⁹ Ministério da Saúde, 2010, p. 29.

avanços da medicina e uma diminuição da margem de erro na atividade hospitalar, no sentido de aumentar e melhorar a prestação de cuidados de saúde.

Por exemplo, nos EUA, os estabelecimentos hospitalares respondem direta e indiretamente. Incorrem em responsabilidade indireta pela negligência dos seus funcionários (*Respondeat Superior*³⁰) e em responsabilidade direta quanto a falhas na contratação e supervisão dos seus funcionários, falta de manutenção e reparação de equipamentos, inexistência de educação médica continuada, não demissão de funcionários incompetentes, falha de protocolos de segurança do paciente, falta de pessoal médico/enfermagem, erro na medicação, violações de confidencialidade do paciente, entre outros.

Posto isto, ao implementar a política de gestão de risco, pretende-se dar primazia à saúde e bem-estar do doente, ultrapassando os modelos obsoletos que caracterizam a organização dos centros hospitalares e que levam, conseqüentemente, a uma fragmentação dos cuidados de saúde.

Porém, a nova cultura de gestão que se esperava da reforçada autonomia conferida à instituição hospitalar não aconteceu, persistindo a indefinição estratégica, o planeamento incipiente ou inexistente, a falta de transparência nos processos de decisão, tudo concorrendo para a desresponsabilização e para a ausência de envolvimento da organização³¹. E, assim, muitas vezes o doente revolta-se contra o médico quando o verdadeiro problema está no próprio estabelecimento de saúde, seja por falta de recursos, seja por má gestão hospitalar.

1.3. O direito à saúde e o Sistema Nacional de Saúde

A democratização da sociedade portuguesa trouxe consigo o reconhecimento de direitos fundamentais da pessoa humana a que a organização social deve responder. Entre eles, o direito à saúde, consagrado no próprio texto constitucional³².

O art. 64.º da CRP não deixa margem para dúvidas, ao referir que “todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover”. Do mesmo artigo retiramos que “o direito à proteção da saúde é realizado pela criação de um Serviço Nacional de Saúde, universal, geral e gratuito, pela criação de condições económicas, sociais e culturais que garantam a proteção da infância, da juventude e da velhice e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo”.

Com a nova conceção funcional de serviço público, diversos direitos sociais têm a sua provisão pública assegurada constitucionalmente mas com a liberdade de provisão privada paralela, em regime de mercado³³. É o caso da saúde, do ensino e da segurança social, cujos prestadores privados ficam igualmente obrigados aos mesmos princípios e deveres do serviço público³⁴.

³⁰ Para mais desenvolvimentos, ver *William Mitchel Law Review*, 1985, pp. 564 e 569-572.

³¹ Ministério da Saúde, 2010, p. 2.

³² Godinho, 2008, p. 8.

³³ Alves, 2015, p. 148.

³⁴ Alves, 2015, p. 148.

Os poderes públicos têm uma significativa “quota” de responsabilidade no desempenho das tarefas económicas, sociais e culturais, incumbindo-lhes pôr à disposição do cidadão prestações de várias espécies, onde se incluem os cuidados de saúde³⁵.

O princípio de gestão participada torna possível a intervenção privada na gestão do SNS, em consonância com os princípios constitucionais da Organização Administrativa previstos no art. 267.º da CRP. São estabelecidos novos mecanismos de gestão, destacando-se as Parcerias Público-Privadas e o contrato de gestão de natureza concessória, de modo a associar os privados à prossecução do serviço público de saúde com transferência e partilha de riscos, além da possibilidade de conceção, construção, financiamento, conservação e exploração do estabelecimento^{36 37}.

Consultando a história do SNS, facilmente depreendemos que o mesmo tem sofrido várias transformações³⁸ que visam privilegiar a prestação de cuidados de forma integrada, eficiente, com ganhos ao nível da acessibilidade e equidade e fortemente empenhada em processos qualitativos de melhoria contínua³⁹.

O SNS é o maior prestador de cuidados médicos em Portugal. Em todas as situações em que o utente recorre aos cuidados médicos do SNS, seja uma consulta num centro de saúde (centro de saúde tradicional ou Unidades de Saúde Familiares), seja uma consulta hospitalar de especialidade ou um internamento nos hospitais públicos *lato sensu* (Institutos Públicos, Entidades Públicas Empresariais ou Parcerias Público-Privadas), a relação jurídica está subordinada ao Direito Administrativo, aplicando-se a Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro⁴⁰.

O Estado assume, de forma definitiva, um novo papel no setor da saúde; isto é, onde antes exercia apenas a função de prestador, financiador e fiscalizador, hoje existe uma clara separação entre a prestação dos cuidados de saúde e o seu financiamento. O Estado atua essencialmente como garantidor/financiador e regulador, sem se desvincular da sua atuação como operador⁴¹.

2. A responsabilidade penal das pessoas coletivas

2.1. Breve evolução histórica⁴² e influências do Direito Comunitário⁴³

Olhando para o contexto histórico, a responsabilidade penal das pessoas coletivas é recente. Sempre existiu uma grande adesão ao princípio romano da *societas delinquere*

³⁵ Canotilho, 2003, pp. 478-479.

³⁶ Alves, 2015, p. 149.

³⁷ O primeiro hospital público com gestão privada surgiu em 1994 (Hospital Fernando da Fonseca – Amadora); com o DL n.º 93/2005, que transformou os Hospitais Sociedades Anónimas (S.A.) em Entidades Públicas Empresariais, assiste-se à transformação de 31 hospitais em EPE. Além disso, atualmente existem quatro Parcerias Público-Privadas localizadas em Vila Franca de Xira, Cascais, Loures e Braga. Para mais desenvolvimentos, consultar Estorninho, 2008, pp. 54-55.

³⁸ Para mais desenvolvimentos sobre a evolução do SNS, ver <https://www.sns.gov.pt/sns/servico-nacional-de-saude/>.

³⁹ Moreira, 2009, p. 1.

⁴⁰ Pereira, 2012, p. 590.

⁴¹ Alves, 2015, p. 151.

⁴² Para mais desenvolvimentos sobre a evolução histórica, consultar Segarra, 2014; Lois, 2015, pp. 191-193; Simões, 2010, pp. 2-3.

⁴³ Para mais desenvolvimentos, consultar Lois, 2015, pp. 197-210; Albuquerque, 2015, pp. 124-126.

non potest, pelo qual as pessoas coletivas não seriam capazes de praticar delitos. Durante muitos anos, apenas sob o foro civil ou administrativo a pessoa coletiva podia ser responsabilizada⁴⁴.

Com a criação de grandes empresas globalizadas e com o crescimento da criminalidade, a dogmática penal viu-se na obrigação e necessidade de punir entes coletivos, aceitando-se que os mesmos são capazes de cometer delitos por meio das suas atividades. Assim, no decurso do séc. XX, surgiu um movimento generalizado de criminalização das pessoas coletivas, inserindo-se aqui o ordenamento jurídico português, que, em 2007, consagrou a responsabilidade penal das pessoas coletivas.

Os direitos internacional e europeu sentiram-se no dever de responder a realidades diferentes levantadas pela nova criminalidade. Esta nova criminalidade é reflexo de um novo modelo de organização social: a mobilidade das pessoas e dos capitais desafiam a lógica territorial; as grandes construções institucionais e a concentração do poder conduzem ao declínio dos Estados e à proliferação de redes; a criminalidade deixa de se situar à margem da sociedade, estando em todo o lado⁴⁵.

No ano de 1926, em Bruxelas, foi realizado o Primeiro Congresso promovido pela Associação Internacional de Direito Penal, no qual a responsabilidade penal dos Estados foi abordada de forma superficial relativamente à violação de normas internacionais; apenas em 1929 seria emitida uma Diretiva nesse sentido⁴⁶.

Já no VII Congresso Internacional de Direito Penal, em 1957, ficou estabelecido que cada país devia fixar a correspondente responsabilidade penal da pessoa coletiva na sua legislação, e em 1975, no XII Congresso Internacional de Direito Penal, foi tratado o primeiro tema, relativo às agressões ambientais⁴⁷.

Em 1979, no VI Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinvente, foi recomendado o estabelecimento do princípio da responsabilidade penal das sociedades. Em 1981 e 1982, os crimes económicos levantaram a possibilidade de instituição da responsabilidade penal das pessoas coletivas ou, pelo menos, à criação de medidas a aplicar a essa criminalidade.

Tendo em conta a dificuldade ligada à identificação de pessoas físicas responsáveis pelas infrações cometidas pelas empresas, em 1988 foi proposta a responsabilização de empresas e pessoas físicas envolvidas em atividades ilícitas, abrangendo empresas públicas e privadas e promovendo ainda sanções penais adequadas⁴⁸.

Verificou-se uma acrescida elaboração de normas europeias contra a criminalidade provinda de pessoas coletivas, recomendando a sua responsabilização, mas nunca a responsabilização penal das mesmas, propondo em alternativa recomendações com outras responsabilidades (criminal, civil ou administrativa).

⁴⁴ Quanto a isto, Figueiredo Dias afirma que, na transição do séc. XVIII para o séc. XIX, passou a entender-se o princípio *societas delinquere non potest* praticamente como um dogma, especialmente devido às teorias da ficção sobre a essência das pessoas morais – Dias, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, p. 72.

⁴⁵ Lois, 2015, p. 192.

⁴⁶ Lois, 2015, p. 197.

⁴⁷ Lois, 2015, p. 198.

⁴⁸ Rec. (88) 18 do Conselho da Europa.

O esforçado ajuste à nova criminalidade levou a UE a abordar assuntos de variada índole, relativos a crimes suscetíveis de serem cometidos por pessoas coletivas, possibilitando a sua responsabilização através da lei penal, como a proteção do meio ambiente⁴⁹. Entre estes assuntos, contam-se a corrupção⁵⁰, o cibercrime⁵¹, o terrorismo⁵², o tráfico de seres humanos⁵³, o branqueamento dos produtos do crime e financiamento do terrorismo⁵⁴, a criminalidade económica⁵⁵, o tráfico de pessoas para exploração sexual⁵⁶, o crime organizado⁵⁷, a exploração de crianças⁵⁸, a proteção de interesses financeiros^{59 60}.

2.2. Os problemas suscitados pela incapacidade de culpa e de ação das pessoas coletivas⁶¹

O princípio da culpabilidade surge como um princípio constitucional (*nulla poena sine culpa*) e é visto hoje como um fenómeno social e jurídico, pois não está apenas atrelado ao ordenamento positivado, mas também aos requisitos da vida social⁶².

A (in)capacidade de culpa e de ação das pessoas coletivas foi o núcleo essencial de toda a problemática que envolveu a responsabilização penal dos entes coletivos.

A principal razão da rejeição de responsabilidade penal das pessoas coletivas ligou-se ao princípio da culpabilidade, pois, sem vontade e inteligência, a pessoa coletiva não seria capaz de distinguir o lícito do ilícito, não sendo possível responsabilizar aqueles que não são dotados de vontade própria e de capacidade de ação, *i.e.*, insuscetíveis de culpa.

Parte da doutrina contra⁶³, que incluía, entre outros, Cavaleiro Ferreira, defendia que, sendo a culpa um juízo ético-moral sobre a vontade de executar certa conduta, esta não pode ser reconduzível a uma pessoa coletiva, pois não tem vontade nem cognoscibilidade próprias, pelo que só poderia haver censura sobre a conduta desenvolvida pelo singular que age dentro da pessoa coletiva, mas não sobre ela⁶⁴.

⁴⁹ Art. 9.º da Convenção ETS n.º 172, de 04-09-1998.

⁵⁰ Art. 18.º da Convenção ETS n.º 173, de 27-01-1999.

⁵¹ Art. 12.º da Convenção ETS n.º 185, de 23-11-2001.

⁵² Art. 10.º da Convenção ETS n.º 196, de 03-05-2005.

⁵³ Art. 22.º da Convenção ETS n.º 197, de 03-05-2005.

⁵⁴ Art. 10.º da Convenção ETS n.º 198, de 03-05-2005.

⁵⁵ Rec. (96) 8, de 05-09-1996.

⁵⁶ Rec. (2000) 11, de 19-05-2000.

⁵⁷ Rec. (2001) 11, de 19-09-2001.

⁵⁸ Rec. (2001) 16, de 31-10-2001.

⁵⁹ Art. 3.º do Segundo Protocolo à Convenção para a proteção dos interesses financeiros da CE, aprovado pelo Conselho a 19-06-1997.

⁶⁰ Nem as Ações Comuns, nem as Decisões-Quadro emitidas em matéria criminal até ao presente impõem a responsabilidade criminal das pessoas coletivas, prevendo-a apenas em termos alternativos. O critério de imputação da responsabilidade das pessoas coletivas consagrado nas Decisões-Quadro reside na pessoa singular que ocupa posição de liderança no seio da pessoa coletiva (órgãos e dirigentes com poderes de representação ou autoridade para tomar decisões) – Albuquerque, 2015, pp. 124-126.

⁶¹ Para mais desenvolvimentos sobre a aplicabilidade do conceito de culpa às pessoas coletivas, ver Guimarães, 2015, pp. 11-47.

⁶² O juízo de culpabilidade já sofreu várias mudanças ao longo do tempo de forma a ajustar-se às necessidades de punição e à evolução criminológica. Para mais desenvolvimentos, ver Segarra, 2014, pp. 174-179.

⁶³ Incluindo Hans Welzel, Maurach, Jescheck e Claus Roxin.

⁶⁴ Alves, 2013, p. 16.

Por outro lado, encontramos doutrina a favor, onde se inclui Figueiredo Dias, reclamando uma maior responsabilização das entidades coletivas pela violação dos bens jurídicos coletivos em consequência do seu peso social crescente⁶⁵.

A posição que pretendemos sustentar é a da capacidade de culpa e de ação da pessoa coletiva, aqui se destacando pensamento de Figueiredo Dias com a construção do modelo da culpa analógica. Este modelo serve para justificar a responsabilização penal do ente coletivo, fazendo uma analogia com a responsabilidade individual do homem quanto à sua obra ou realização coletiva⁶⁶.

Nas palavras de Figueiredo Dias, é “certo que, na acção como na culpa, tem-se em vista um ‘ser livre’ como centro ético-social de imputação jurídico-penal e esse é o homem individual. Mas não deve esquecer-se que as organizações humano-sociais são, tanto como o próprio homem individual, ‘obras de liberdade’ ou ‘realizações do ser-livre’ pelo que nos parece aceitável que em certos domínios especiais e bem delimitados [...] ao homem individual possam substituir-se, como centros ético-sociais de imputação jurídico-penal, as suas obras ou realizações colectivas e, assim, as pessoas colectivas, associações, agrupamentos ou corporações em que o ser-livre se exprime”⁶⁷.

Portanto, as teorias da ficção das pessoas coletivas e as teorias finalistas da ação como motivo de desresponsabilização dos entes coletivos não têm o nosso acolhimento. A capacidade de atribuir um juízo de culpa à pessoa coletiva é a mesma capacidade de atribuir um juízo de culpa à pessoa singular, não servindo a ficção jurídica para elidir a sua responsabilidade – visando o proveito económico, efetivo ou potencial, em conjugação com os interesses da empresa – e sendo perfeitamente cabível e aplicável a responsabilização penal das pessoas coletivas⁶⁸.

2.3. Como pode a pessoa coletiva praticar crimes negligentes?

Quando falamos em crimes cometidos na área da saúde, seja por profissionais médicos, seja por entidades hospitalares, somos logo remetidos para a negligência. Isto porque, como já referimos, mesmo havendo a possibilidade de condutas dolosas, não assimilamos essa hipótese como resposta, confiando nas boas práticas por parte dos serviços.

Desta forma, cumpre-nos perguntar de que forma é que as pessoas coletivas podem praticar crimes negligentes, nomeadamente, homicídio negligente e ofensas à integridade física negligentes.

O art. 15.º do CP dá-nos a definição de negligência⁶⁹ como um tipo de ilícito e um tipo de culpa próprios, distintos dos crimes dolosos. Quanto ao tipo de ilícito, este tra-

⁶⁵ Dias, 2007, pp. 295 e ss.

⁶⁶ Dias, 1998, p. 68.

⁶⁷ Dias *apud* Costa, 1998, p. 510.

⁶⁸ Simões, 2010, p. 9.

⁶⁹ Este preceito começa, no seu prómio, por conceber a negligência de modo unitário (“quem, por não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz”) para, em seguida, distinguir duas formas: a negligência consciente (alínea a – “representar como possível a realização de um facto que preenche um tipo de crime mas atuar sem se conformar com essa realização”) e a negligência inconsciente (alínea b – “não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do facto”) – Dias, 2007, p. 861.

duz-se na violação do cuidado a que, segundo as circunstâncias, o agente está obrigado, isto é, a violação do cuidado devido⁷⁰; e, quanto ao tipo de culpa, na violação do cuidado que o agente, segundo os seus conhecimentos e capacidades pessoais, está em condições de prestar⁷¹.

A negligência surge como uma realidade objetiva, sendo duvidoso que se possa falar de um tipo subjetivo de ilícito ao nível do ilícito negligente⁷².

No ilícito negligente, diferentemente do ilícito doloso, existe uma grande dificuldade em assinalar a existência de um elemento final, *i.e.*, um elemento autónomo de natureza subjetiva, pelo que, nas palavras de Paula Ribeiro de Faria, “o verdadeiro sentido da acção negligente terá sempre que vir pela mão de uma valoração objectiva, predominantemente social”⁷³.

Portanto, ainda nas palavras da citada autora, o ilícito negligente encontra-se mais “dependente de um critério de valoração social e objectiva da conduta do que o ilícito doloso”, apesar de não se deixar de afirmar, ao nível do ilícito negligente, “a ligação da conduta com a vontade do agente (ou melhor dizendo, onde essa ligação não existe, ela deveria existir numa medida objectiva, que a ordem jurídica supõe, e é dessa medida que se parte em ordem à afirmação do ilícito), pelo que, na maior parte dos casos, a norma permanece uma realidade abstracta para o seu destinatário”⁷⁴.

Sendo este um tipo de ilícito negligente, ele concretiza-se através de um comportamento contrário ao devido face a um perigo, violando um dever de cuidado imposto pela ordem jurídica, que origina um resultado típico, sendo este previsível e evitável⁷⁵.

Como ensina Figueiredo Dias, “quando se fala da violação do cuidado devido como elemento do tipo de ilícito negligente quer-se designar, dito com maior exactidão, a violação de exigências de comportamento em geral obrigatórias cujo cumprimento o direito requer, na situação concreta respectiva, para evitar realizações não dolosas de um tipo objectivo de ilícito. Com isto julgamos ficar assegurada a autonomia do tipo de ilícito negligente, seja este de mera actividade ou de resultado”⁷⁶.

Neste domínio, seguindo a linha de pensamento de Paula Ribeiro De Faria, o conceito de risco assume especial importância “enquanto probabilidade de verificação de um resultado contrário ao direito”, distinguindo-se aqui o risco penalmente relevante,

⁷⁰ Aqui, Paulo Pinto De Albuquerque refere-se à violação do cuidado a que o agente está obrigado, de acordo com os conhecimentos e as capacidades do homem médio pertencente à categoria social e profissional do agente, não excluindo a tipicidade da conduta quando as capacidades do agente são inferiores à do homem médio; no entanto, as capacidades do agente superiores à do homem médio podem fundar a tipicidade da conduta – Albuquerque, 2015, nota 2, p. 154.

⁷¹ Dias, 2007, p. 861.

⁷² Há quem aponte a representação imperfeita da realização do tipo pelo agente nos casos de negligência consciente (art. 15.º, al. a)) e a não representação da sua realização na negligência inconsciente (art. 15.º, al. b)) como uma especificidade subjetiva. No entanto, seguindo a tese de Figueiredo Dias, esta especificidade subjetiva não é equivalente a um tipo subjetivo de ilícito verdadeiro e próprio, já que o que verdadeiramente conta é a realidade objetiva – a necessidade de representação, a previsibilidade objetiva – a suprir uma eventual falta de ligação interna ao facto, e a constituir, nos casos de ausência completa de representação, a base de afirmação da negligência inconsciente – Faria, 2012, p. 411.

⁷³ Faria, 2005, p. 834.

⁷⁴ Faria, 2005, p. 835.

⁷⁵ Viana, 2012, p. 8.

⁷⁶ Dias, 2007, p. 870.

visto que o direito (em concreto, o direito penal) não pode ocupar-se de toda a “realidade que pode ser gerida, e que ao ser mal gerida, ao ser descuidada ou intencionalmente mal gerida, pode determinar a responsabilidade daquele que o tem [o risco] a seu cargo [...] porque tendo tomado consciência dele não adoptou as medidas necessárias para evitar a sua concretização [...] ou ignorou indevidamente”, mas apenas ocupar-se do risco típico, com determinada intensidade e propagação, que ameaça ou lese, de forma efetiva, um bem jurídico penalmente tutelado.⁷⁷

Atualmente, a maioria da doutrina converge no que toca ao facto de o ilícito negligente exigir uma atuação contrária a um dever e a um desvalor da ação. Não se bastando com o desvalor do resultado, a celeuma permanece no que respeita ao modo como ocorre a violação do dever de cuidado, pois, na verdade, há autores que consideram que a realização negligente é uma forma de realização por omissão^{78 79}. Ou seja, os crimes negligentes de ofensas à integridade física e de homicídio são crimes de resultado, abrangendo não só a ação adequada a produzi-lo, mas também a omissão adequada a evitá-lo, só sendo esta punível quando sobre o omitente recaia o dever jurídico de evitar a verificação de um evento danoso para a vida e para a saúde, em virtude do estatuído no art. 10.º do CP⁸⁰.

Na realização de um tipo negligente, podem intervir várias pessoas. Aqui o ilícito típico traduz-se, não no conhecimento e vontade de realização do tipo, mas sim na violação do cuidado objetivamente imposto que cria um risco não permitido e realiza o tipo objetivo⁸¹.

Esta forma de autoria negligente (paralela) tem levado a um crescente número de defensores desta doutrina. Isto justifica-se com o atual problema das decisões de órgãos colegiais, nos casos de responsabilidade pelo produto e crimes ambientais⁸², pelo que também pode surgir nas entidades hospitalares, onde na sua direção e administração intervêm vários sujeitos. Nestes casos, a problemática abrange situações em que uma atuação conjunta negligente, no seio de um grupo, produz um resultado sem que se possa determinar quem, no grupo, deu causa a esse mesmo resultado⁸³.

Existem argumentos contra⁸⁴ e a favor deste tipo de autoria negligente. Perfilhamos a tese de Figueiredo Dias, ao entender que, no âmbito de crimes negligentes, poderá aceitar-se esta figura, referindo-se à mesma como comportamento negligente conjunto⁸⁵,

⁷⁷ Faria, 2017, pp. 54-56.

⁷⁸ Pacheco, 2014, p. 28.

⁷⁹ Segundo Paulo Pinto de Albuquerque, nos casos em que a lei pune expressamente a ação negligente, também o crime omissivo impróprio será punível, exceto se resultar expressamente da intenção da lei; os deveres de garante e de cuidado não se confundem, pelo que o intérprete deve aferi-los separadamente – Albuquerque, 2015, nota 20, p. 158.

⁸⁰ Retirado do sumário do Ac. TRP de 30-04-2014, processo n.º 1645/08.6PIPRT.P2, disponível em www.dgsi.pt.

⁸¹ Fidalgo, 2008, p. 164.

⁸² Fidalgo, 2008, p. 174.

⁸³ Fidalgo, 2008, p. 174.

⁸⁴ Neste sentido Weißer defende a inexistência de coautoria negligente – para mais desenvolvimentos, ver Fidalgo, 2008, p. 175.

⁸⁵ O comportamento negligente conjunto surge como a solução político-criminalmente mais correta, compatível com o nosso art. 26.º do CP, pois faz reduzir as absolvições dos arguidos, seja por falta de provas,

e não como coautoria, entendida esta, não como “decisão conjunta dirigida à realização do tipo objectivo (como nos crimes dolosos), mas sim como criação (ou potenciação) conjunta de um risco não permitido que se exprime na realização típica”⁸⁶.

É sempre exigível, a quem desempenha funções em nome de um hospital, uma especial diligência nas suas atividades, pois está a lidar com importantes bens jurídicos (como é o caso da vida e da integridade física). Quando surge um resultado danoso proveniente do descuido *por quem de direito*, esta negligência ou violação do dever objetivo de cuidado deve ser-lhe sempre censurada e, portanto, o respetivo facto deve ser punível a título negligente.

Esta imputação a título negligente exige a verificação da violação do dever de cuidado por parte dos seus órgãos ou representantes⁸⁷, *i.e.*, as pessoas físicas que compõem a pessoa coletiva, atuando no exercício das suas funções, em nome e no interesse desta.

Apesar de as pessoas coletivas estarem ligadas às pessoas físicas que a constituem, elas são verdadeiras realidades sociais com consciência e vontade próprias, sendo-lhes imputada a responsabilidade criminal independentemente das pessoas singulares que a constituem. A responsabilidade criminal das pessoas coletivas não exclui a responsabilidade individual dos respetivos agentes, nem depende da responsabilização destes. No entanto, essas pessoas singulares, enquanto titulares ou membros dos órgãos da pessoa coletiva, fazem com que se tornem próprios da pessoa coletiva os comportamentos e decisões resultantes da vontade dos seus membros.

Assim sendo, ao se tornarem atos próprios da pessoa coletiva, não há “necessidade de decompor a intervenção humana que conduziu à sua materialização, o que, em termos organizativos, corresponde na maioria das vezes a uma pluralidade de intervenientes, distribuídos por uma cadeia decisória complexa e muito dificilmente discernível do seu exterior”⁸⁸.

Nas palavras de Paula Ribeiro de Faria, “a pessoa coletiva deverá poder responder em determinadas situações por um facto seu, independentemente dele só se ter tornado possível pela ação e pela violação de deveres de uma ou mais pessoas singulares, cuja atuação é secundária sob este ponto de vista (embora se possa afirmar a sua responsabilidade individual de forma autónoma e paralela à pessoa coletiva) e isto na medida em que tais ações individuais não chegam a ter relevância ao encontrar-se ao serviço de uma estrutura social e juridicamente distinta, que gera riscos, que permite benefícios, e cujo funcionamento pode lesar de forma censurável bens jurídicos fundamentais”⁸⁹.

Relativamente ao art. 11.º do CP, tem-se colocado a hipótese de o n.º 2 prever uma responsabilidade por omissão. Retiramos do art. 11.º, n.º 2, al. a) que sobre os órgãos da pessoa coletiva recai um dever de garante. Este será aferido normativamente através da análise das competências de cada um dos órgãos e através da verificação de que foi

seja porque o auxílio de um ao facto de outro não seria punível por o crime não ser cometido a título doloso – neste sentido, Dias *apud* Fidalgo, 2008, p. 177.

⁸⁶ Fidalgo, 2008, pp. 177 e ss.

⁸⁷ Para mais desenvolvimentos acerca da imputação criminal formal da pessoa coletiva pelos atos praticados pelos seus órgãos, ver Mendes, 2015, pp. 49-86.

⁸⁸ Ac. TRG de 25-01-2010, processo n.º 459/05.0GAFLG, disponível em www.dgsi.pt.

⁸⁹ Faria, 2016, pp. 985-986.

exatamente o não cumprimento dessas competências e/ou funções que proporcionou o ilícito penal⁹⁰.

A pessoa coletiva também pode ser responsabilizada pelos atos praticados pelos seus trabalhadores, estando a sua responsabilidade apenas excluída nos casos de atuação contra instruções expressas *de quem de direito* (art. 11.º, n.º 6). Isto porque extraímos do art. 11.º, n.º 2, al. b) que a responsabilização da pessoa coletiva se verificará sempre que se verificar a falta de supervisão ou de controlo por parte da pessoa singular que tenha possibilitado a prática dos atos previstos, em benefício dessas pessoas coletivas, por uma pessoa singular com poder para exercer controlo no seio da pessoa coletiva e, por omissão de controlo dessa pessoa singular, sob quem, legal ou estatutariamente, impende uma posição de garante⁹¹.

Quando recai um dever de garante sobre os administradores, estes podem responder por omissão, pois a eles é incumbida a tarefa de organizar a empresa (hospital, no nosso caso), sendo responsáveis pelos atos criminosos que nelas se venham a praticar e pela não prevenção dos eventos lesivos de bens jurídicos causados pelos seus colaboradores; podem ainda ser-lhes imputados comportamentos que resultem da violação do dever de vigilância ou de controlo. Trata-se de um dever de garante derivado da ingêrência, uma vez que a atividade hospitalar constitui uma fonte de perigo para determinados bens jurídicos, e os responsáveis pelo mesmo, em conformidade com o respetivo estatuto, têm o dever de agir para vigiar e controlar essa fonte de perigos que representam⁹². Este é o caso em que uma pessoa coletiva tem de cumprir determinados deveres e cuidados e não o faz, pois através dos administradores se forma a “mente” e o “cérebro” da pessoa coletiva⁹³.

A responsabilidade por negligência dos administradores não é uma responsabilidade por facto negligente alheio, mas sim por facto próprio, pois é exigido que o responsável estabeleça mecanismos de controlo rigorosos da atividade desenvolvida.

A especial relevância dos crimes negligentes passa pelo facto da sua maior frequência nos crimes empresariais e, no caso, em hospitais. Assim, a título exemplificativo, a pessoa coletiva (hospital) devia ser responsabilizada quanto a falhas em tomar medidas razoáveis de eliminação de agentes patogénicos do meio hospitalar, falhas em fornecer pessoal suficiente e especializado para executar funções, falhas na informação dos pacientes acerca de um risco de propagação infecciosa, falhas na adoção de padrões de limpeza que garantam um meio seguro para pacientes e funcionários, falha em garantir a segurança e o uso correto dos dados pessoais do paciente, etc.

Na Holanda, já em 1987, um hospital foi condenado por homicídio negligente, depois de um paciente ter morrido durante uma operação em virtude da utilização de equipamento ultrapassado⁹⁴. A administração do hospital respondeu – através do prin-

⁹⁰ Mendes, 2015, p. 86.

⁹¹ Mendes, 2015, p. 91.

⁹² Mendes, 2015, p. 110. Para mais desenvolvimentos, consultar Mendes, 2015, pp. 87-117.

⁹³ O legislador identificou como critérios de imputação a identificação dos sujeitos cuja atuação pode ser atribuída à pessoa coletiva e, também, um nexo de imputabilidade dos atos praticados pelas pessoas singulares à pessoa coletiva.

⁹⁴ Para mais desenvolvimentos sobre direito comparado, ver *The Law Reform Commission*, 2003.

cípio da agregação – pela sua falta de conhecimento, pois deveriam estar cientes das práticas de rotina dentro do hospital. Este foi o primeiro caso de condenação de uma pessoa coletiva na Holanda, não se discutindo se o hospital era público ou privado, dada a sua irrelevância para os holandeses. Infelizmente, no nosso CP isso também não seria discutido, pois continua a não prever a responsabilidade criminal das pessoas coletivas por homicídio negligente e ofensas à integridade física negligentes.

Garantir a saúde e a segurança deveria ser uma prioridade do Estado, não só quando o agente é uma pessoa singular, mas também quando se trata de pessoas coletivas e, aqui, falamos, mais uma vez, dos crimes negligentes de homicídio e das ofensas à integridade física. Esta é uma área que há muito está sujeita a regulação legal nos países mais desenvolvidos (EUA⁹⁵, Reino Unido⁹⁶, Holanda); no entanto, os controlos a nível internacional são poucos, ficando ao critério de cada país responsabilizar as pessoas coletivas da forma que lhe convier, pois as recomendações da UE não impõem a responsabilidade penal.

Tendo em conta os bens jurídicos que aqui tratamos, achamos que, à semelhança de alguns países, deveria ser possível penalizar os hospitais que não cumprem os deveres de cuidado que lhes são exigidos, incumprimento de que resultam ofensas à vida e à integridade física dos pacientes. Os hospitais têm o dever de manter um padrão de qualidade adequado, através da instalação e manutenção de equipamentos seguros, do controlo e vigilância do ambiente hospitalar e da adoção de regras, políticas e procedimentos adequados e apropriados para garantir um atendimento de qualidade aos pacientes⁹⁷.

Concordamos, portanto, com a tese de Paula Ribeiro de Faria, ao defender que deveria ser admitida uma forma de culpa da pessoa coletiva derivada da deficiente organização, nomeadamente nos casos em que não seja possível identificar o agente individual responsável, “ou quando o ente coletivo seja censurável por não ter adotado todas as cautelas exigíveis para evitar o resultado, e que se refere a uma violação de deveres de organização suscetível de revelar uma personalidade (coletiva) desconforme às exigências do ordenamento jurídico, o que sucederá, por exemplo, no caso que nos ocupa, quando a entidade prestadora de cuidados de saúde presta serviços deficientes que lesam valores fundamentais das pessoas como forma de obter lucros mais elevados. Esta culpa será uma culpa funcional ou social que traduz a censura dirigida à pessoa coletiva por

⁹⁵ Em 1991, a negligência corporativa foi reconhecida como uma causa de ação pelo Supremo Tribunal da Pensilvânia no caso *Hospital Thompson v. Nason*. O hospital foi responsabilizado por não ter mantido o padrão de atendimento adequado a um paciente hospitalizado, disponível em www.natlawreview.com/article/corporate-negligence-medical-malpractice.

⁹⁶ O Reino Unido preocupou-se com as questões relativas à responsabilização criminal de organizações empresariais por mortes causadas devido às suas atividades, criando importantes leis nessa área, como a *Corporate Manslaughter* e a *Corporate Homicide Act 2007*. Estas leis sujeitam uma corporação, seja ela uma empresa do governo ou da coroa, a processos judiciais em casos de violação de um dever de cuidado por parte dos seus administradores; no entanto, são poucas as condenações.

⁹⁷ Importa aqui falar na possibilidade de adoção de programas de *compliance* – à semelhança do que se passa em Espanha – relativamente à gestão de riscos nos estabelecimentos de saúde (ponto 1.2.) – esses programas são uma espécie de manuais de conduta, cujo objetivo final é o de evitar a prática de infrações no seio da organização; caracterizam-se também pela implementação de um sistema de controlo interno da aplicação desses mesmos manuais de conduta. Para mais desenvolvimentos sobre direito penal económico na era da *compliance*, consultar Rodrigues, 2020.

não ter adequado a sua estrutura e a sua prestação ao que social e juridicamente lhe era exigível, lesando, ou colocando em perigo, bens jurídicos fundamentais”⁹⁸.

2.4. A responsabilidade penal das pessoas coletivas em Portugal

Na nossa Constituição não encontramos qualquer norma que se refira expressamente à responsabilidade penal das pessoas coletivas⁹⁹, mas também não encontramos um princípio que a vede. Além disso, o Ac. do TC n.º 213/95¹⁰⁰ veio determinar que “nada obsta ao Estado de Direito Democrático, ao qual cabe respeitar os direitos e liberdades fundamentais [...] alargar a responsabilidade criminal às pessoas colectivas em ordem à protecção de bens jurídicos socialmente relevantes e cuja defesa é condição indispensável do livre desenvolvimento da personalidade do Homem”.

Apesar de, até 2007, o ordenamento jurídico português não conhecer o princípio geral da responsabilidade criminal das pessoas coletivas, estava consagrado o princípio contraordenacional das mesmas em certas áreas delimitadas de criminalidade; no entanto, a responsabilidade contraordenacional das pessoas coletivas contém um critério de imputação extremamente apertado, restringindo-se aos atos praticados pelos seus órgãos no exercício das suas funções (art. 7.º, n.º 2 do DL n.º 433/82 de 27-10).¹⁰¹ Este início da responsabilidade criminal das pessoas coletivas, ainda que no direito secundário, já existe desde 1976¹⁰².

Só com a Lei n.º 59/2007 é que o direito penal português passou a reconhecer o princípio geral da responsabilidade criminal da pessoa coletiva, através do art. 11.º do CP, assumindo o n.º 1 desse artigo um cariz supletivo (princípio da individualização da responsabilidade penal), caso se aplique o n.º 2.

Chegou-se à conclusão de que as respostas civis e administrativas eram insuficientes quanto à necessidade de garantir uma eficaz tutela dos bens jurídico-penais em jogo, a qual só é conseguida por intermédio da especial eficácia preventiva que a doutrina assinala à responsabilização penal do ente coletivo e à inerente sanção¹⁰³. Mesmo estando consagrada, no art. 12.º do CP, uma responsabilização penal individual, esta não se mostra suficiente, visto que a mesma revela bastantes dificuldades no que diz respeito ao

⁹⁸ Faria, 2016, p. 986. Acompanhando a linha de pensamento da autora, concordamos que não é suficiente responsabilizar a pessoa coletiva através dos administradores, isto porque se trata de uma censura sobre um centro de atuação e decisão autónomo; ou seja, a ação da pessoa coletiva deve ser autónoma à dos seus dirigentes, pois, principalmente no caso de crimes negligentes, existe uma multiplicidade de ações e atores que desencadearam o resultado, sendo muito difícil apurar quem foram os seus autores.

⁹⁹ O art. 12.º, n.º 2 da CRP abre portas à punição das pessoas coletivas; contudo, não menciona sob que forma ou modalidade e refere-se apenas às pessoas coletivas, não apontando outras entidades coletivas.

¹⁰⁰ Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_actc.php?ano_actc=1995&numero_actc=213/95.

¹⁰¹ Albuquerque, 2015, notas 18 e 19, p. 126.

¹⁰² Como, por exemplo: o DL n.º 630/76 relativo às operações cambiais e transações de mercadorias; o DL n.º 28/84 sobre as infrações antieconómicas e contra a saúde pública; a Lei n.º 109/1991 sobre a criminalidade informática; a Lei n.º 15/2001 sobre o regime geral das infrações tributárias; a Lei n.º 05/2002 sobre a criminalidade organizada e económico-financeira; o DL n.º 36/2003 que aprova o código da propriedade intelectual; a Lei n.º 52/2003 sobre combate ao terrorismo; a Lei n.º 99/2003 que aprova o código do trabalho; e a Lei n.º 05/2006 que aprova o regime jurídico das armas e suas munições.

¹⁰³ Marta, 2015, p. 19.

estabelecimento da imputação objetiva do resultado à conduta, principalmente nos delitos cometidos por grandes empresas, onde há esferas de administração diversificadas com acentuada repartição de tarefas¹⁰⁴.

Tendo em conta o peso crescente dos entes coletivos, seja enquanto intervenientes sociais, seja enquanto verdadeiros sujeitos de direito, somam-se, por um lado, a violação de bens jurídicos coletivos fundamentais resultante da criminalidade levada a cabo pelas mesmas e, por outro lado, a frustração do efeito dissuasor da entidade coletiva e a inoperância da aplicação de penas privativas da liberdade aos seus órgãos e representantes¹⁰⁵.

Do ponto de vista político-criminal, a reforma de 2007 foi uma novidade, pois até então o nosso ordenamento jurídico apenas se orientava para medidas de combate à criminalidade empresarial com enfoque estritamente económico^{106 107}.

Assim, para a efetivação da responsabilidade penal das pessoas coletivas, esta, segundo o art. 11.º, n.º 2, alíneas a) e b), depende sempre do cometimento do crime, em nome e no interesse da pessoa coletiva¹⁰⁸, por pessoa singular que nela ocupe posição de liderança ou que atue sob a sua autoridade. No entanto, o n.º 7 não exclui a responsabilidade individual dos respetivos agentes, nem depende da responsabilização destes.

A responsabilidade penal das pessoas coletivas ainda hoje não é um tema com opinião unânime. Apesar de a doutrina maioritária ser a favor da penalização dos entes coletivos, existem outros problemas que o art. 11.º do CP levanta, desde logo, a insuficiência e incoerência do rol de crimes tipificados, a exclusão das pessoas coletivas de direito público e a disparidade entre o regime geral do Código Penal e a legislação avulsa¹⁰⁹.

2.5. O rol de crimes imputáveis às pessoas coletivas – art. 11.º, n.º 2 do Código Penal

A previsão da responsabilidade penal das pessoas coletivas, apesar de abranger muitos crimes que antes não eram passíveis de serem cometidos por estas, deixou outros igualmente carecidos de responsabilização fora do n.º 2 do art. 11.º do CP.

Além disso, existe um problema relacionado com o critério de imputação de crimes à pessoa coletiva. A pessoa coletiva só pode ser responsabilizada criminalmente se se verificar uma vantagem, privilégio ou benefício para a mesma, sendo a conduta criminosa realizada em nome e no interesse da pessoa coletiva. No entanto, no leque de crimes do n.º 2 do art. 11.º, figuram condutas cujo elo de ligação ou proveito direto para os entes

¹⁰⁴ Marta, 2015, p. 19.

¹⁰⁵ Rocha, 1998, pp. 347-348.

¹⁰⁶ Mendes, 2003, p. 391.

¹⁰⁷ A partir de 2007, o art. 11.º passa a abranger um leque de crimes que não são obrigatoriamente ligados à criminalidade económico-financeira nem ambiental, como os crimes de maus-tratos, violação de regras de segurança, coação sexual, violação, abuso sexual de pessoa incapaz de resistência, abuso sexual de pessoa internada, procriação artificial não consentida, lenocínio, abuso sexual de crianças, abuso sexual de menores dependentes, atos sexuais com adolescentes, recurso à prostituição de menores, lenocínio de menores, pornografia de menores, discriminação religiosa, racial ou sexual, propagação de doença, alteração de análises ou receituário, etc. – para mais desenvolvimentos, ver Lois, 2015, nota 67, p. 212.

¹⁰⁸ Tal como sucede em Espanha, Bélgica, Luxemburgo e Itália.

¹⁰⁹ Costa Andrade, a este respeito, considera que esta divergência entre o regime geral do CP e os regimes especiais previstos em leis extravagantes pode resultar em desigualdade e injustiça – para mais desenvolvimentos, consultar Andrade, 2008, p. 275.

coletivos não se compreende; é o caso dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, onde dificilmente se apura um interesse coletivo.

A elaboração do elenco do n.º 2 do art. 11.º do CP está muito longe de ser pacífica. São várias as opiniões relativamente ao tipo de crimes que a norma prevê, à sua suficiência ou insuficiência e, ainda, quanto ao enquadramento sistemático do preceituado art. 11.º. Em relação ao enquadramento sistemático da norma, houve quem propusesse a eliminação do catálogo e a indicação, em cada um dos artigos correspondentes, da possibilidade do cometimento da conduta criminosa por pessoas coletivas¹¹⁰, bem como a hipótese de autonomização da matéria em artigo próprio através da criação do art. 11.º-A¹¹¹.

Seguindo o entendimento de Figueiredo Dias, o nosso art. 11.º deve ser entendido como uma opção do legislador, mais do que um pressuposto ôntico a ele previamente imposto, podendo assim considerar-se as pessoas coletivas, “através de um processo de pensamento filosófico analógico, capazes de ação e de culpa jurídico-penal e portanto criminalmente responsáveis”¹¹².

A doutrina interroga-se – e a nosso ver, muito bem – sobre o porquê da escolha do elenco de crimes do art. 11.º e o porquê de não incluir determinados crimes contra a vida e contra a integridade física, dada a relevância do bem jurídico tutelado e a real possibilidade de serem cometidos por uma pessoa coletiva¹¹³.

Concordamos com Germano Marques da Silva quanto à falta de coesão do legislador ao deixar de fora crimes como o aborto em estabelecimento não autorizado ou outra violação da lei, homicídio e ofensas corporais negligentes, abuso de confiança, dano, etc.¹¹⁴

Os critérios de escolha dos crimes que passam a constituir este novo catálogo são pouco perceptíveis, tendo em conta a heterogeneidade e a omissão de crimes – como o homicídio negligente e as ofensas à integridade física negligentes – cuja inclusão faria todo o sentido, respeitando a natureza das pessoas coletivas prevista no art. 12.º, n.º 2 da CRP.

Nas palavras de Paula Ribeiro de Faria, “atendendo à importância fundamental dos valores aqui em causa, à sua dignidade penal, não nos parece que seja suficiente a sua tutela por via dos mecanismos do direito civil e do direito administrativo pelo que, e contrariando a ideia de que não existem imposições constitucionais implícitas de criminalização, entendemos que não se cumprem aqui as exigências constitucionais de criminalização de condutas, e que a não incriminação penal de formas de atuação a envolver o sacrifício da vida ou integridade física das pessoas é suscetível de ser qualificada como uma inconstitucionalidade por omissão. Além disso, e em relação à forma parcimoniosa como o legislador deve proceder em relação à incriminação da negligência, não se esqueça que a responsabilidade penal das pessoas coletivas nesse domínio existe,

¹¹⁰ Tal como em Espanha, que prevê diretamente na norma de cada crime, na parte especial, a responsabilidade penal das pessoas coletivas.

¹¹¹ Lois, 2015, p. 215.

¹¹² Dias, 2012, pp. 295 e ss.

¹¹³ Brito, 2010, p. 44.

¹¹⁴ Silva, 2008, p. 73.

e está prevista, em relação à agravação do resultado dos crimes de maus-tratos, violação de regras de segurança e de perigo comum”¹¹⁵.

A nosso ver, esta opção do legislador foi tomada apenas para dar cumprimento às orientações internacionais e europeias, seguindo as Decisões-Quadro e as Recomendações do Conselho da Europa para formular o elenco do art. 11.º, n.º 2. Posto isto, o mesmo não está isento de críticas, pois deveria ter sido feito um estudo mais cuidado acerca destas novas criminalizações, sendo mais coerente optar até pela imputação de todos os crimes, como já acontece em vários países da Europa^{116 117}.

2.6. A problemática da exclusão das pessoas coletivas de direito público

Relativamente à responsabilidade das pessoas coletivas, uma das questões que mais controvérsia têm gerado na doutrina liga-se à exclusão da responsabilidade das pessoas coletivas de direito público, tendo já sido revogado o n.º 3 do art. 11.º do CP, que abrangia as entidades públicas empresariais e as entidades concessionárias de serviço público.

O legislador, no art. 11.º, n.º 2, excecionou o Estado, as pessoas coletivas no exercício de prerrogativas de poder público e as organizações de direito internacional público. Paralelamente, as empresas concorrentes de foro privado respondem criminalmente.

É sabido, pelo que vimos anteriormente, que o direito da UE mostra entusiasmo pela consagração da responsabilidade penal das pessoas coletivas, apesar de não a prever expressamente. Nesta senda, importa-nos referir o *Corpus Iuris*¹¹⁸, elaborado no ano 2000, contendo disposições penais para a proteção dos interesses financeiros da UE e que contou com a participação dos diversos Estados-Membros. Aqui podemos sustentar a relevância da responsabilidade criminal das entidades coletivas públicas, pois o mesmo documento não exclui essa responsabilidade^{119 120}.

No entanto, ao longo dos tempos tem-se verificado uma tendência comunitária para excluir as pessoas coletivas de direito público, lendo-se no texto de várias Decisões-Quadro e Diretivas uma definição de pessoa coletiva como uma entidade que goza de personalidade jurídica nos termos do direito aplicável, com a exceção dos Estados ou entidades de direito público no exercício de prerrogativas de autoridade pública e das organizações internacionais de direito público.

¹¹⁵ Faria, 2016, p. 981.

¹¹⁶ Como são os exemplos de França, Bélgica e Holanda.

¹¹⁷ Verificamos uma maior e melhor lógica legislativa nas leis extravagantes que criminalizam as pessoas coletivas, havendo uma maior compatibilidade entre a responsabilidade da empresa e a natureza dos crimes, como é o caso, por exemplo, do art. 43.º-A do Regime Jurídico da Procriação Medicamente Assistida.

¹¹⁸ Para um estudo mais aprofundado, consultar Vervaele, 2000.

¹¹⁹ Salgueiro, 2014, p. 319.

¹²⁰ O art. 14.º do *Corpus Iuris* em momento algum exclui as entidades coletivas públicas, dispondo apenas que “são igualmente responsáveis pelas infrações [...] as pessoas coletivas que tenham personalidade jurídica, bem como aqueles que tenham a qualidade de sujeito de direito e sejam titulares de um património autónomo quando a infração foi realizada para o proveito da pessoa coletiva por um órgão, um representante ou qualquer pessoa agindo em seu nome ou que tenha um poder de decisão, de direito ou de facto”.

Paulo Pinto de Albuquerque explica esta exclusão devido aos poderes de soberania que tais entidades representam¹²¹, acrescentando ainda que, “destarte, as regiões autônomas, as autarquias públicas, as empresas públicas e quaisquer outras pessoas coletivas de direito público, bem como as entidades concessionárias de poderes públicos respondem criminalmente pelas infrações que cometem, sempre que tenham agido sem prerrogativas de poder público”¹²².

São várias as opiniões a favor¹²³ e contra¹²⁴ a responsabilização das entidades coletivas públicas, e neste ponto, relativamente ao nosso tema, cumpre-nos perguntar: quais são as entidades que efetivamente podem ser responsabilizadas penalmente?

As fronteiras entre o público e o privado foram ultrapassadas e a saúde insere-se no quadro das atividades de serviço público que podem ser prestadas, indiferenciadamente, por entidades públicas, privadas ou público-privadas.

Ao analisarmos os diplomas que previam a responsabilidade criminal das pessoas coletivas antes da entrada em vigor da Lei n.º 59/2007, deparamo-nos com a inexistente diferenciação entre entidades públicas e privadas, não sendo estabelecida a limitação agora prevista no art. 11.º, n.º 2¹²⁵. Assim, a par da responsabilidade plasmada no art. 11.º do CP, encontramos, em regimes especiais, critérios de responsabilização divergentes, sem qualquer referência expressa à exclusão do Estado e demais entidades de poder público, carecendo a nossa lei de harmonização entre o Código Penal e demais leis extravagantes. A este propósito, julgamos que seria uma hipótese o legislador unificar, num só regime, todas as leis que versam sobre a responsabilidade criminal das pessoas coletivas, evitando tais disparidades.

Importa clarificar que o legislador, ao optar pela formulação do art. 11.º do CP, deveria ter sustentando a sua posição nos trabalhos preparatórios anteriores à alteração do mesmo. Podemos verificar, na discussão da proposta de Lei n.º 98/X, que o Ministro da Justiça se limitou a sublinhar como principais orientações da revisão “a responsabilização, de forma geral, das pessoas coletivas”, o mesmo sucedendo no projeto parlamentar de Lei n.º 239/X, da iniciativa do grupo parlamentar PSD, onde não se fez qualquer alusão a um regime excecional das pessoas coletivas públicas¹²⁶.

O principal argumento em defesa da exclusão de punibilidade das pessoas coletivas públicas assenta na sua própria natureza e finalidade, pois são criadas para a prossecução do bem comum. A real possibilidade do cumprimento de uma pena de multa por

¹²¹ Para mais desenvolvimentos, ver Albuquerque, 2006, p. 641.

¹²² Albuquerque, 2015, pp. 93 e 94.

¹²³ Neste sentido Silva, 2009, pp. 212 e ss., ao dizer que “não há razões para distinguir e excluir a responsabilidade criminal de alguns tipos de sociedades, pelo menos daquelas que são dotadas de um estatuto jurídico análogo ao das sociedades de direito privado”, argumento defendido também por Lopes Rocha.

¹²⁴ Neste sentido Sousa, 1985, p. 15, nota 1, ao afirmar que “tais medidas não são de aplicar às pessoas coletivas de direito público, já em virtude das particulares funções que desempenham, já por serem tais entes os que determinam as normas que os seus dependentes violariam, já pela incongruência que constituiria punir, por exemplo o Estado, único titular do poder punitivo, pelas ações dos seus órgãos”, ideia também partilhada por Meireles, 2008, p. 124.

¹²⁵ Interessante consultar o Ac. do STJ de 27-11-97 e o Ac. do STJ de 25-10-2006, onde nunca foi suscitada qualquer objeção quanto às pessoas coletivas de direito público, referindo até que um município pode ser objeto de um processo-crime.

¹²⁶ Salgueiro, 2014, p. 91.

parte dessas pessoas coletivas públicas acabaria por lesar a própria população, uma vez que o custo seria suportado pelos cofres públicos; além disso, o Estado passaria a ser um autossancionador, pois é ele que detém o *ius puniendi*¹²⁷.

Mário Meireles¹²⁸ e Susana Aires de Sousa¹²⁹ dizem que aqui pode haver uma “zona livre da punição criminal”, isto porque a natureza pública da pessoa coletiva seria suficiente para não ser responsabilizada; por isso, para estes autores, o legislador deveria ter optado por aplicar penas compatíveis com essas entidades públicas, de acordo com a sua natureza, de modo a conseguir coerência e razoabilidade na punição. Veja-se, por exemplo, o caso dos crimes ambientais, em que, em situações de repercussão global, os Estados podem ser responsabilizados.

Faria Costa chega mesmo a criticar a opção do legislador penal português, ao afirmar que esta “não tem qualquer razão de ser”, pois o exercício de funções públicas sempre constituiu motivo de agravação da responsabilidade e não a sua exclusão, como se comprova nos crimes cometidos por funcionários¹³⁰.

Damião da Cunha ressalva que, em termos administrativos e constitucionais, existe uma distinção entre Estado e demais pessoas coletivas de direito público/entidades públicas e entidades privadas que exercem poderes públicos, distinção essa que passou ao lado dos olhos do legislador¹³¹.

A orientação dominante na doutrina admite a exclusão do Estado e demais pessoas coletivas de direito público, mas o caso muda de figura quando se trata de pessoas coletivas que exerçam prerrogativas de poder público, havendo grande problemática na interpretação daquilo que são “pessoas coletivas no exercício de prerrogativas de poder público”.

O Estado permanece com um papel regulador, ao reafirmar o interesse público das entidades hospitalares, onde o serviço público de saúde pode ser desempenhado quer por entidades públicas, quer por entidades privadas, através de mecanismos de gestão participada, que vão desde parcerias público-privadas até ao contrato concessório¹³².

Neste âmbito, à primeira vista, mesmo que estivessem previstos, no elenco do n.º 2 do art. 11.º os crimes negligentes de homicídio e ofensas à integridade física, dificilmente uma entidade hospitalar seria responsabilizada, pois quase todas as entidades hospitalares contam com a intervenção reguladora do Estado.

A este propósito, o Ac. do TRP de 13-06-2018¹³³ vem esclarecer-nos acerca das entidades coletivas no exercício de prerrogativas de poder público e qual deverá ser a sua interpretação. O referido Acórdão elucida-nos que equiparar o conceito de “pessoa coletiva de utilidade pública” ao de “pessoa coletiva no exercício de prerrogativas de poder público” é forçado, pois, o DL n.º 391/2007, que prevê o regime jurídico da declaração de utilidade pública, não contém “a atribuição de quaisquer poderes de autoridade pública

¹²⁷ Alves, 2015, p. 141.

¹²⁸ Meireles, 2006, pp. 49-50.

¹²⁹ Sousa, 2012.

¹³⁰ Costa, 2009, pp. 247-248.

¹³¹ Cunha, 2008, pp. 77-79.

¹³² Alves, 2015, p. 152.

¹³³ Processo n.º 1535/13.0TDPRT.P1, disponível em www.dgsi.pt.

às instituições que dele beneficiem”, apenas concedendo “um estatuto especial que lhes permite obter certos benefícios (como por exemplo, isenções fiscais)”¹³⁴. O documento acrescenta ainda que, “se tivesse sido a opção do legislador fazer essa equiparação, bastava a remissão para uma designação consagrada há dezenas de anos na lei e com regulamentação específica consolidada, o que permitiria a imediata identificação das entidades isentas de responsabilidade penal”¹³⁵.

Assim, no que toca à prestação de serviços de saúde, podemos entender que as Entidades Públicas Empresariais e as Parcerias Público-Privadas, ainda que sejam de utilidade pública, não exercem prerrogativas de poder público, podendo as mesmas vir a responder penalmente. A exclusão de responsabilidade prevista no art. 11.º, n.º 2 do CP “só é concedida às pessoas coletivas – públicas ou privadas – que, em relação ao concreto ato, tenham atuado no exercício de prerrogativas de poder público, que é como quem diz, de exercício de autoridade pública. Ou seja, o que releva não é a utilidade pública da função exercida pela pessoa coletiva – a qualidade do resultado da atuação – mas sim a forma de exercício da sua atividade, dotada de *jus imperi*”¹³⁶.

Segundo o importante Ac. do TRP de 13-06-2018, “é esta a interpretação que a nosso ver respeita o princípio constitucional da igualdade e se adequa à razão de ser da isenção de responsabilidade criminal. Essa isenção não é uma contrapartida premial que o Estado concede em troca do exercício de funções com utilidade pública. O que a pressupõe é o exercício de autoridade soberana, seja pelo Estado seja por outra entidade qualquer, uma vez que, por definição, ela implica a insuscetibilidade de prática de ações criminosas e a impossibilidade de aplicação de penas”¹³⁷.

Concluindo, entendemos o porquê da exclusão do Estado e das entidades dotadas de *jus imperi* atuando como garantes do Estado de Direito e, ainda, das organizações internacionais, sendo difícil criar sanções que se compatibilizem com a sua natureza. Não obstante, quando essas mesmas entidades causem danos cujo impacto se reflita globalmente, devem ser pensadas formas que permitam chegar a uma sanção justa e adequada à sua natureza.

Quanto às restantes entidades de utilidade pública, onde se inserem os hospitais e demais estabelecimentos de saúde, os mesmos devem ser responsabilizados pelos seus crimes, desde que desprovidos de prerrogativas de poder público, indo ao encontro do referido Ac. do TRP de 13-06-2018.

3. A responsabilidade médica-hospitalar em Portugal

Ressalta da leitura do art. 11.º do CP a inexistência de qualquer previsão relativamente a ofensas contra a vida e integridade física a título negligente por parte de entidades coletivas.

A responsabilidade penal das pessoas coletivas tem vindo a ser desenvolvida pelos países anglo-saxónicos, onde uma pessoa coletiva pode ser acusada de homicídio ou

¹³⁴ Ac. TRP de 13-06-2018.

¹³⁵ Ac. TRP de 13-06-2018.

¹³⁶ Ac. TRP de 13-06-2018.

¹³⁷ Ac. TRP de 13-06-2018.

ofensas à integridade física, no caso de a morte ou ofensa à integridade da vítima decorrer, por exemplo, de uma violação grave de deveres relevantes de cuidado por parte da organização.

Em Portugal, os hospitais, como pessoas coletivas, não conhecem a responsabilidade penal direta, apenas podendo responder no foro criminal os seus órgãos ou representantes (responsabilidade por substituição ou representação). Ainda assim, não estão incluídos quaisquer dos crimes previstos pelos arts. 131.º e ss. e 143.º e ss. do CP. Mesmo os arts. 152.º-A e 277.º do CP, que podem ser aplicados a pessoas coletivas e que poderiam abranger lesões sofridas por um doente no hospital devido à não instalação de equipamentos de segurança, por exemplo, não têm qualquer valia neste contexto, pois não se referem a pessoas internadas, mas apenas a trabalhadores ou a vítimas de construções deficientes¹³⁸.

Contamos com a existência de decisões proferidas nos tribunais portugueses¹³⁹ quanto a danos emergentes da prestação de cuidados de saúde em estabelecimentos públicos; contudo, estes apenas são tratados no foro administrativo, ainda que os factos possam integrar infrações criminais e serem julgados sob a alçada do direito penal, embora unicamente no que concerne às pessoas singulares, já que nesta matéria ainda não existe, em Portugal, a possibilidade de imputar tal responsabilidade, a título de negligência, aos entes coletivos¹⁴⁰.

Assim, sustentando integralmente a tese de Paula Ribeiro de Faria, semelhante ao que acontece relativamente à afirmação da negligência nas pessoas singulares, deveria apurar-se a divergência entre a forma de organização existente e aquela que seria desejável, em termos de cuidado médio, atendendo às circunstâncias¹⁴¹. Teríamos de ver se a pessoa coletiva cumpre ou desconsidera o que se pode ter como socialmente exigível sob o ponto de vista da sua atuação, isto porque a pessoa coletiva tem o dever de desenvolver a sua atividade dentro de certos padrões de qualidade, e a não observância destes padrões coloca em perigo ou lesa bens jurídicos fundamentais, revelando-se, desta forma, da parte da pessoa coletiva, uma forma de estar, uma cultura social e uma política de ação desconformes a exigências e valores estruturantes do ordenamento jurídico¹⁴².

Também em relação à culpa, podemos sustentar que o padrão utilizado não iria divergir muito daquele que é utilizado em relação às pessoas singulares, e que é de alguma forma aquele que permitiu a violação do dever; isto porque a censura nunca pode ficar dependente do poder e das capacidades individuais de cumprir a regra jurídica, sendo necessário recorrer a uma ideia ou conceito de exigibilidade ou inexigibilidade de outra conduta por parte daquele que atuou¹⁴³. Citando Paula Ribeiro de Faria, “em relação às pessoas coletivas, mostra-se particularmente adequada a utilização de um critério de exigibilidade social como aquele a que faz expressa referência o art. 7.º, n.º 4 da Lei da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado, já que, sendo na sua essência a pessoa

¹³⁸ Faria, 2016, p. 980.

¹³⁹ Ac. do STA de 20-02-2002; Ac. do STA de 09-03-1999; Ac. do STA de 18-10-2000.

¹⁴⁰ Rodrigues, 2013, pp. 369-370.

¹⁴¹ Faria, 2016, p. 993.

¹⁴² Faria, 2016, p. 993.

¹⁴³ Faria, 2016, p. 994.

coletiva uma entidade social, é esse o critério que melhor permite ajuizar da desconformidade ou adequação da sua maneira de ser social às exigências da ordem jurídica. E aqui temos, pois, a culpa da pessoa coletiva, enquanto censura por uma organização discrepante em relação ao cuidado médio exigível capaz de revelar uma cultura interna adversa ao direito intersubjetivamente relevante”¹⁴⁴.

Portanto, à semelhança da Lei n.º 67/2007, defendemos que seria de louvar a consagração, no CP, da responsabilidade direta da pessoa coletiva através da culpa funcional ou de serviço, mas com uma exigibilidade intensificada, nomeadamente nos casos de violação grosseira de deveres de cuidado por parte da entidade hospitalar, respeitando desta forma os princípios da necessidade e subsidiariedade da intervenção penal, pois, de outra forma, a responsabilidade das entidades prestadoras de serviços de saúde cai no vazio¹⁴⁵. Além disso, deve ser suprida a omissão constante no art. 11.º, n.º 2 do CP quanto à não criminalização dos crimes negligentes de homicídio e de ofensas à integridade física.

Deixando também uma pequena nota relativamente ao possível benefício que a adoção de programas de *compliance* poderia trazer na gestão de riscos dentro das empresas (estabelecimentos hospitalares, no nosso caso), e mesmo apesar do silêncio do nosso legislador no que respeita a estes programas, podemos dizer que já encontramos sinal de mudança, por exemplo, na Lei n.º 83/2007 de 18-08¹⁴⁶, que prevê nos seus artigos 12.º a 22.º um dever de controlo pelo qual as entidades obrigadas nos termos daquele diploma devem definir e aplicar, de forma eficaz e em permanência, as políticas, procedimentos e controlos, ou seja, consubstanciando verdadeiros códigos de conduta a cumprir pelas empresas. A verificação destas condições e o cumprimento destes programas seriam, em si, *conditio sine qua non* do afastamento da responsabilidade da pessoa coletiva, existindo mesmo a possibilidade de vir a ser atenuada a pena no caso de se verificarem apenas algumas das condições¹⁴⁷. O art. 11.º, n.º 6 do nosso CP, ao estatuir que a “responsabilidade das pessoas coletivas e entidades equiparadas é excluída quando o agente tiver atuado contra ordens ou instruções expressas por quem de direito”, leva-nos a entender, na nossa opinião, que a aplicação de programas de *compliance* poderia ser subsumível neste normativo.

Perante um caso em que se possa verificar a responsabilidade penal da pessoa coletiva, é preciso distinguir entre a censura dirigida ao agente individual e a culpa da pessoa coletiva, que pode não existir, por exemplo, se o ente coletivo aprovou e implementou regras de ética empresarial adequadas e suficientes para prevenir os riscos de concretização de certos resultados, que demonstram a sua preocupação com o desenvolvimento

¹⁴⁴ Faria, 2016, p. 994.

¹⁴⁵ Veja-se o caso do ordenamento jurídico francês, onde está prevista a responsabilidade direta das próprias entidades hospitalares enquanto entidades coletivas, devido à deficiente organização do serviço, incluindo casos de criação ou incremento de risco não permitido e violação do dever objetivo de cuidado. Para mais desenvolvimentos, consultar Rodrigues, 2013, pp. 370-372.

¹⁴⁶ Vem estabelecer medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo.

¹⁴⁷ Situação prevista no Código Penal espanhol.

de uma atividade conforme ao direito. Nesses casos resultará apenas a responsabilidade penal do agente individual que desrespeitou a regra jurídica cometendo o crime^{148 149}.

Conclusão

A terminar este percurso à volta do âmbito do art. 11.º do CP, com particular destaque para a falta de consagração de crimes negligentes, como os de homicídio e ofensas à integridade física, cumpre-nos agora proceder às considerações finais sobre o tema em análise.

A saúde é um direito fundamental ao qual estão ligados bens jurídicos de máxima importância, como a vida e a integridade física.

À prática de cuidados de saúde estão associados certos riscos, que, todavia, são riscos considerados permitidos.

Por contraposição aos riscos permitidos, não é possível deixar passar em branco riscos que, não sendo permitidos, potenciam e originam lesões à vida e integridade física das pessoas, decorrentes da falta de cuidado daqueles que assumem uma posição de garante e de controlo dentro duma entidade hospitalar. Deste modo, quando uma entidade coletiva – hospital, no caso concreto – falhe na sua organização devido a deficiências estruturais ou condutas negligentes que levaram a um resultado danoso para o utente, fugindo assim às boas práticas que caracterizam uma política de gestão de riscos, deve ser censurada e penalizada pela violação objetiva do dever de cuidado que lhe era exigível.

O rol de crimes do n.º 2 do art. 11.º do CP traduz-se apenas numa resposta às orientações comunitárias, no sentido em que o legislador se limitou a tipificar as condutas que foram tratadas no âmbito da UE, esquecendo-se de outros crimes, igualmente carecidos de consagração penal, no que diz respeito às pessoas coletivas. Mas este aspeto não foi o único que passou ao lado do legislador. Podemos constatar outras incongruências, por um lado, relativamente aos demais diplomas que preveem a responsabilidade penal das pessoas coletivas, como por exemplo o que se refere à procriação medicamente assistida, consubstanciando uma disparidade entre o regime geral do CP e outras leis extravagantes e, por outro, no que se prende ao processo penal das pessoas coletivas, visto que o mesmo continua a não pensar de forma eficaz e suficientemente regulada os casos em que o arguido é uma pessoa coletiva.

A exceção das pessoas coletivas de direito público do âmbito do art. 11.º e a interpretação dessa mesma exceção tornaram-se num problema, desde logo, porque várias são as opiniões sobre aquilo a que se pode chamar “pessoa coletiva no exercício de prerrogativas de poder público”, problema este agravado pela falta de coerência sistemática

¹⁴⁸ Faria, 2016, p. 993.

¹⁴⁹ Por exemplo, imaginemos um doente que vem a falecer devido a uma infeção causada pela não esterilização dos equipamentos/instrumentos médicos. No caso de o hospital fornecer todos os produtos, meios e materiais de desinfeção e esta não ter sido realizada por descuido do profissional sobre quem incumbia esse dever, temos um caso de responsabilidade singular/individual desse profissional; já no caso de essa mesma desinfeção ou esterilização não ter sido realizada devido à falta de material, produtos ou recursos, a responsabilidade não será do profissional, mas sim da entidade coletiva, o hospital.

no ordenamento penal, visto que diversas pessoas coletivas excecionadas no âmbito do direito primário podem responder criminalmente no âmbito do direito secundário.

Entendemos, desta forma, que não é sensato equiparar pessoas coletivas de utilidade pública a pessoas coletivas no exercício de prerrogativas de poder público, pois, umas são dotadas de *jus imperi* (as entidades no exercício de prerrogativas de poder público, *i.e.*, autoridade pública) e outras não (as entidades de utilidade pública). Nesta linha, apenas os hospitais do Estado e os hospitais aos quais está associado o dito *jus imperi* ficam isentos de punição, não sendo passível e compreensível o mesmo acontecer com os restantes hospitais de utilidade pública.

Defendemos a adoção de um princípio de culpa funcional ou de serviço – à semelhança do DL n.º 67/2007 – porque a responsabilidade da pessoa coletiva assenta num princípio de analogia com a pessoa singular, podendo aquela ser também censurada autonomamente pelas suas condutas. Torna-se por isso muito difícil discernir, em virtude da complexa estrutura organizativa da pessoa coletiva, qual o órgão cuja atuação foi determinante para a consumação do crime e, assim sendo, é impossível punir o ente coletivo por falha do critério de imputação consagrado no art. 11.º, n.º 2, alíneas a) e b) do CP.

Apelamos a uma maior atenção por parte do legislador penal relativamente à formulação e alcance do preceituado art. 11.º, pois consideramos existir uma certa falta de lógica entre a punição de alguns crimes nele consagrados e a sua omissão relativamente a outros, que são de tão grande interesse e importância.

Preocupa-nos a falta de profundidade com que se tratam os crimes de ofensas à integridade física negligentes e homicídio negligente, tendo em conta o peso dos valores jurídicos que os mesmos pretendem proteger e a real possibilidade de estes serem praticados em contexto empresarial, *i.e.*, por pessoas coletivas.

Por fim, julgamos ainda que seria mais fácil combater certas omissões relativamente à responsabilização das pessoas coletivas se – à semelhança do Código Penal espanhol – fosse incluído em cada tipo legal de crime a possibilidade de esse mesmo crime ser ou não ser cometido por um ente coletivo. Além disso, a formulação do n.º 2 do art. 11.º, ao elencar um vasto conjunto de artigos onde se prevê a responsabilidade penal das pessoas coletivas, pode trazer dúvidas quando se adicionam novos crimes: foi o caso do crime de tráfico de órgãos humanos (art. 144.º-B), aditado pela Lei n.º 102/2019, que levou, conseqüentemente, a uma nova reformulação e publicação do art. 11.º, pois só assim sabemos se, efetivamente, é ou não possível responsabilizar as pessoas coletivas quando estamos perante um crime de tráfico de órgãos humanos, situação que seria evitada se essa responsabilização já estivesse estatuída em cada tipo legal de crime, na parte especial do CP.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, P.P (2006). A responsabilidade criminal das pessoas coletivas ou equiparadas. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. II.

ALBUQUERQUE, P.P. (2015). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.^a Edição atualizada. Universidade Católica Editora.

ALVES, P.S. (2013). *Aplicação das medidas de coação às pessoas coletivas*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa.

ANDRADE, M.C. (2008). “Bruscamente no verão passado”: A reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 137, n.º 3950.

BELEZA, T.P. & PINTO, F.L.C. (coord.). (2015). *Comparticipação, pessoas coletivas e responsabilidade: 11 estudos de direito penal e direito de mera ordenação social*. Coimbra: Almedina.

BRITO, T.Q. (2010). Responsabilidade criminal dos entes coletivos. Algumas questões em torno da interpretação do Art. 11.º do Código Penal. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, XX.

CANOTILHO, J.J.G. (2003). *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7.^a Edição. Coimbra: Almedina.

Comentário Conimbricense do Código Penal (1999), Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora.

Comentário Conimbricense do Código Penal (2012). Parte Especial, Tomo I, 2.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

COSTA, J.F. (1998). A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas coletivas à luz do Direito Penal). *Direito penal económico e europeu – Textos doutrinários, vol. I (Problemas gerais)*. Coimbra: Coimbra Editora.

COSTA, J.F. (2003). *Direito penal económico*. Coimbra: Quarteto.

COSTA, J.F. (2009). *Noções fundamentais de direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora.

CUNHA, D. (2008). *O conceito de funcionário para efeito da lei penal e a “privatização” da administração pública. Uma revisão do comentário ao art. 386.º do Código Penal – Comentário conimbricense do Código Penal*. Coimbra: Coimbra Editora.

Curso Complementar de Direito da Saúde (2013). *Responsabilidade civil, penal e profissional*. Coleção Ações de Formação. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários.

DIAS, J.F. (1998). Para uma dogmática do direito penal secundário. *Direito penal económico e europeu: Textos doutrinários*, vol. I. Coimbra: Coimbra Editora.

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

DIAS, J.F. (s.d.). Para uma dogmática do direito penal secundário. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3714, pp. 263 e ss.

ESTORNINHO, M.J. (2008). *Organização administrativa da saúde*. Coimbra: Almedina.

FARIA, M.P.R. (2005). *A adequação social da conduta no direito penal ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal*. Porto: Publicações Universidade Católica.

FARIA, M.P.R. (2010). O erro em medicina e o direito penal. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, n.º 14.

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

FIDALGO, S. (2008). *Responsabilidade penal por negligência no exercício da medicina em equipa*. Coimbra: Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Coimbra Editora.

GODINHO, S.C.R. (2008). *Avaliação do impacto do modelo SA no desempenho hospitalar*. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade de Aveiro, Aveiro.

Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias (2003). Coimbra: Coimbra Editora.

MARTA, J.M.S. (2015). *Da admissibilidade da responsabilidade criminal das pessoas coletivas e equiparadas por cumplicidade no direito penal português*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra.

MEIRELES, M.P. (2006). *Pessoas coletivas e sanções criminais: juízos de adequação*. Coimbra: Coimbra Editora.

MEIRELES, M.P. (2008). A responsabilidade penal das pessoas coletivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao Código Penal ditada pela lei n.º 59/2007, de 4 de setembro: algumas notas. *Julgar*, n.º 5.

MENDES, P.S. (2003). A responsabilidade de pessoas coletivas no âmbito da criminalidade informática em Portugal. In *Direito da sociedade da informação*, vol. IV. Coimbra: Coimbra Editora.

MOREIRA, I.C.O. (2009). *A introdução de mecanismos de competição e o quadro legal básico do sistema de saúde português: A perspectiva hospitalar*. Dissertação de Mestrado em Gestão de Saúde apresentada à Escola Nacional de Saúde Pública da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa.

PACHECO, D.F.C. (2014). *A violação do dever de cuidado no âmbito da relação médico-paciente*. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa, Porto.

PEREIRA, A.G.D. (2012). *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*. Tese de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra.

PITON, A.P. & CARNEIRO, A.T. (org). (1986). *Liber amicorum Manuel Simas Santos*. Lisboa: Rei dos Livros.

REIS, C.M.S. (2011). *Modelos de gestão hospitalar (análise comparativa)*. Dissertação de Mestrado em Gestão e Organização dos Serviços de Saúde apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Coimbra.

ROCHA, M.A.L. (1998). A responsabilidade penal das pessoas coletivas – Novas perspectivas. *Direito penal económico e europeu: Textos doutrinários*, Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora.

RODRIGUES, A.C.G. (2000). Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos. *Direito e Justiça*, vol. XIV, Tomo III.

RODRIGUES, A.C.G. (2007). *Da responsabilidade médica em direito penal – Estudos sobre os pressupostos sistemáticos*. Coimbra: Almedina.

RODRIGUES, A.C.G. (2013). *A negligência médica hospitalar na perspectiva jurídico-penal – Estudo sobre a responsabilidade criminal médico-hospitalar*. Coimbra: Almedina.

RODRIGUES, A.M. (2020). *Direito penal económico – Uma política criminal na era compliance*. Coimbra: Almedina.

SALGUEIRO, A.C. (2014). *A exclusão da responsabilidade criminal das entidades públicas: (In)constitucionalidade do artigo 11.º, n.º 2 e 3, do Código Penal*. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa, Porto.

SILVA, G.M. (2008). Responsabilidade penal das pessoas coletivas: Alterações do Código Penal introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro. *Revista do CEJ*, n.º 8 (especial).

SILVA, G.M. (2009). *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*. Lisboa: Editorial Verbo.

SOUSA, J.C. (1985). *As pessoas coletivas em face do direito criminal e o chamado “direito de mera ordenação social”*. Coimbra: Coimbra Editora.

Theories for imposing liability upon hospitals for medical malpractice: Ostensible agency and corporate liability. *William Mitchel Law Review* (1985), vol. 11, no. 2, Article 9.

VERVAELE, J.A.E. (2000). *The implementation of the Corpus Iuris in the member states: Penal provisions for the protection of European finances*. 4 volumes. S.l. Intersentia.

VIANA, I.L.M.P. (2012). *Critérios de apuramento da negligência no exercício da medicina em equipa*. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa, Porto.

Consultas na internet

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 213/95. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_actc.php?ano_actc=1995&numero_actc=213/95

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13-06-2018. Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/40dac030ee7878d6802582b700380095?OpenDocument>

CONSULTATION PAPER ON CORPORATE KILLING (LRC CP 26-2003), IRELAND, *The Law Reform Commission 2003*. Disponível em https://www.lawreform.ie/_fileupload/consultation%20papers/cp26.htm?fbclid=IwAR3YavdsFytTJsa8GRfrffmdV3bjQIWxMGhdXioH1p-56T7JJ3I8chtAqs6c.

MINISTÉRIO DA SAÚDE (2010). *A organização interna e a governação dos hospitais*. Junho. Disponível em <https://www.spmi.pt/pdf/RelatorioFinalGTHospitaisVersaoFinal2.pdf>.

NATIONAL LAW REVIEW. Disponível em www.natlawreview.com/article/corporate-negligence-medical-malpractice.

PÚBLICO. Disponível em <https://www.publico.pt/2018/05/21/sociedade/entrevista/saude-este-ano-o-numero-de-reclamacoes-devera-ultrapassar-as-110-mil-1830777>.

RELATÓRIO DE 2017 DA ERS. Disponível em https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/2231/Relat_rio_RECS_2017.pdf.

SEGARRA, G. (2014). *Um olhar mais constitucional para o imbróglio da responsabilidade penal das pessoas coletivas: A problemática do princípio da culpabilidade*. Disponível em <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/944/649>.

SERVIÇO NACIONAL DE SAÚDE. Disponível em <https://www.sns.gov.pt/sns/servico-nacional-de-saude/>.

SIMÕES, A. (2018), in *Público*. Disponível em <https://www.publico.pt/2018/01/24/sociedade/opiniao/da-saude-que-temos-e-da-saude-que-podemos-ter-1798576>.

SIMÕES, N.M. (2010). *Responsabilidade penal da pessoa coletiva: O ordenamento jurídico português e o brasileiro*. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/14682/responsabilidade-penal-da-pessoa-coletiva>.

SOUSA, S.A. (2012). *Societas publica (non) delinquere potest: reflexões sobre a irresponsabilidade dos entes públicos no ordenamento jurídico português*. Disponível em <https://apps.uc.pt/mypage/files/susanaas/675>.

**O quórum constitutivo e a sua influência
na capacidade para deliberar da Assembleia Geral**

Joana Cunha Proença Garcia

Sob orientação do
Professor Doutor Armando Manuel Andrade de Lemos Triunfante

“De início, foi recusada a atribuição de pagamento para se assistir às reuniões da assembleia. Contudo, porque os cidadãos não compareciam nas sessões e os prítanes se tinham de valer de artifícios para garantir a presença das pessoas necessárias à ratificação das votações, Agírrio foi o primeiro a atribuir um óbolo; em seguida, Heráclides de Clazómenas, apelidado o ‘rei’, instaurou o dióbolo e Agírrio, novamente, fixou o trióbolo.”

Aristóteles, *Constituição dos Atenienses*, tradução de Delfim Ferreira Leão, Serviço de Educação e Bolsas Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2003, p. 87

*A meus Pais
e Irmão*

Agradecimentos

Serve o momento presente para expressar uma profunda gratidão, numa palavra há muito devida, à minha Família pelo investimento na minha formação, académica e pessoal, e sobretudo por, com o aconchego de um abraço, me dar a garantia de um caminho feliz.

Cabe também uma palavra de reconhecimento à Escola de Direito da Universidade Católica Portuguesa, em que também me licenciiei, pela transmissão da essencialidade de colocar os nossos dons ao serviço dos outros. Estou grata a todos quantos, nesta instituição, contribuíram para que este percurso exigente se fizesse com afeto.

Por fim, mas não menos importante, endereço o meu agradecimento ao orientador desta dissertação, Senhor Professor Doutor Armando Triunfante, pelo acompanhamento, o incentivo à reflexão e a escrita da obra que inspirou o tema deste trabalho.

Resumo

O presente trabalho incide sobre a influência que o quórum constitutivo exerce sobre a capacidade para deliberar da Assembleia Geral. Para estas reuniões, a necessidade de observância do quórum legal é excecional no ordenamento jurídico societário português.

A exigência legal de um mínimo de presenças faz-se – de forma direta ou indireta – em função do capital social. Ao abrigo do princípio da autonomia privada, também os sócios podem instituir este quociente estatutariamente, desde que respeitem limites quantitativos.

Partimos do pressuposto de que a participação social serve de medida à intervenção dos sócios na assembleia, mormente pelo exercício do direito de voto. Para que o quórum assegure a finalidade de representatividade dos sócios nas decisões, não se têm em conta as participações no capital desprovidas do direito de voto ou que, em concreto, apresentem uma inibição quanto ao exercício desta prerrogativa. A par disso, só podem surgir deliberações válidas de uma Assembleia Geral constituída com a presença do quociente constitutivo contanto que, no momento da votação, ele se mantenha.

O quórum constitutivo revela-se um requisito estrutural que influencia a capacidade para deliberar da Assembleia Geral. Em contraponto, a inexistência de quórum, nas reuniões de segunda data/convocação, apresenta-se como uma forma de garantir que são tomadas as deliberações cruciais para a continuidade do ente coletivo.

Palavras-chave: Assembleia Geral; deliberação; quórum constitutivo; estatutos; representatividade; requisito estrutural; capacidade para deliberar; segunda convocação; facilidade deliberativa.

Abstract

This dissertation addresses the influence quorum has on General Assemblies' ability to deliberate. In these meetings, the need to comply with a legal quorum comes as an exception in the Portuguese corporate legal framework.

Legal demand for quorum is based on share capital. Under the principle of private autonomy, shareholders may also establish this quotient in the bylaws, as long as quantitative limits are respected.

Equity stakes determine shareholders' level of intervention in the General Assembly, especially through the exercise of voting rights. So that quorum can ensure the purpose of shareholders' representativeness in the resolution, non-voting shares or those shares which, in the particular case, present disqualification from voting are not taken into account. At the same time, valid deliberations can only result from a General Meeting if the constitutive quotient is sustained from the beginning until voting time.

Quorum is a structural requirement with influence over the General Assembly's ability to deliberate. On the contrary, the lack of a quorum requirement on the second call arises from the need to ensure crucial decisions are made so that the corporation keeps operating.

Keywords: General assembly; deliberation; quorum; bylaws; representativeness; structural requirement; ability to deliberate; second call; easiness in deliberating.

Lista de siglas e abreviaturas

A.	Autor
AA	Autores
AAVV	Autores Vários
AG	Assembleia-Geral
AktG	<i>Aktiengesetz</i>
art.	artigo
arts.	artigos
CC	Código Civil
CCom	Código Comercial
Cfr.	Confronte-se
CGS	Código de Governo das Sociedades
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
CMVM	Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
CRCom	Código de Registo Comercial
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSC	Código das Sociedades Comerciais
CVM	Código de Valores Mobiliários
DL	Decreto-Lei
LSC	<i>Ley de Sociedades de Capital</i>
n.	nota de pé-de-página
n. ^o	número
n. ^{os}	números
p.	página
pp.	páginas
SA	Sociedade Anónima
SNC	Sociedade em Nome Coletivo
SQ	Sociedade por Quotas
ss.	e seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
v. g.	<i>verbi gratia</i>
Vol.	Volume

Advertências

Impõe-se advertir para a dupla aceção com que o vocábulo “deliberação” pode ser utilizado, quer enquanto processo que culmina na tomada de decisões, quer refletindo o resultado desse processo. Neste ensejo, o termo é empregado no sentido que lhe é dado pela Lei nacional, designando apenas o ato procedente do processo deliberativo. Por forma a possibilitar a correta compreensão do texto, não deixaremos de utilizar expressão distinta para aludir ao procedimento que antecede a deliberação.

Salvo indicação em contrário, as normas mencionadas pertencem ao Código das Sociedades Comerciais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de setembro.

Índice

Introdução	9
I. O quórum constitutivo na Assembleia Geral	10
1. As deliberações da Assembleia Geral	10
2. Exigência de quórum constitutivo: conceito	13
3. Fundamento da exigência de quórum constitutivo	15
4. Formas alternativas de consagração de quórum constitutivo	17
4.1. Quórum indireto	17
4.2. Quórum estatutário	17
II. Aferição da influência do quórum constitutivo na capacidade para deliberar da Assembleia Geral	21
1. Composição do quórum constitutivo	21
2. Momento da verificação do quórum constitutivo	23
2.1. Verificação na abertura da Assembleia Geral	23
2.2. Verificação em momento posterior à abertura da Assembleia Geral	26
III. Incumprimento do Quórum Constitutivo	27
1. Assembleia Geral de segunda convocação/data	27
1.1. Fundamento da inexistência de quórum	28
1.2. Previsão estatutária de quórum	28
1.3. Quórum constitutivo “facultativo”	31
2. Deliberações adotadas sem observância de quórum	32
Conclusão	35
Bibliografia	37

Introdução

O assunto do quórum constitutivo está na ordem do dia, como se constata pelas notícias com que somos brindados frequentemente; de entre elas, destacamos a que dá conta da necessidade de postergar a atribuição do Prémio Nobel da Literatura de 2018 por não se poder cumprir o quórum constitutivo exigido pelos Estatutos da Academia Sueca.

A presente dissertação versa sobre o quórum constitutivo, enquanto requisito – legal ou estatutário – que influencia a capacidade para deliberar da AG. Neste esboço, pretendemos, a final, propor uma solução para a hipótese de inobservância inicial de quórum na AG, bem como para aquela outra de cessação da observância do quociente no decurso da reunião. Para o efeito, começamos por explorar os contornos do conceito de quórum constitutivo e descortinar a finalidade que se pretende alcançar através da sua imposição, máxime no art. 383.º, n.º 2. Uma análise completa ao quórum constitutivo impõe o confronto desta realidade com o conjunto de casos em que a AG se realiza sem a necessidade de cumprimento deste quociente, mormente na segunda convocação/data.

Prosseguimos com o exame da influência do quórum constitutivo na capacidade para deliberar da AG, colocando duas questões basilares: qual a composição das participações sociais que integram o quantitativo? Qual o momento relevante para conferir o cumprimento do quórum? A resposta a ambas as questões assenta na relação entre o quórum constitutivo e a deliberação que fundamenta a exigência de quórum. Temos, pois, que este é um requisito cuja observância se afere no início da reunião (de acordo com o art. 382.º, n.º 1), mas que importa para a sua fase final: a votação. Por isso, questionamos se a titularidade do direito de voto é condição para o cômputo das frações no capital com base no qual o quórum se forma e se a verificação do cumprimento do requisito se deve dar por altura da votação. A resposta nos dirá qual a função que compete ao quórum: estrutural ou de atribuição de capacidade para deliberar, sem embargo de as duas funções poderem coexistir. Da conclusão a que se chegue, depende a validade das deliberações aprovadas¹ sem a presença do quórum constitutivo.

Não fazemos referência a todas as assembleias². Por força da extensão limitada do trabalho, almejamos evitar que a abrangência necessária no cumprimento desse desígnio

¹ A aprovação de deliberação não se confunde com a aprovação da proposta; esta pode ser recusada e, assim, ter-se uma “deliberação negativa”. Cfr. Coelho (1994), p. 183.

² No ordenamento jurídico nacional, encontramos outros exemplos de assembleias para as quais se prescreve a necessidade de observância de quórum constitutivo. Assim, sem pretendermos ser exaustivos, vejamos as normas dos arts. 212.º, n.º 1 do CIRE, que consagra o quórum de “um terço do total dos créditos com direito de voto” para deliberar sobre a proposta do plano de insolvência; 1432.º, n.ºs 3 e 4 do CC, que preveem que tem de estar representado na assembleia de condóminos a maioria dos votos que correspondem ao “capital investido” ou, quando tal não se logre, um quarto do “valor total do prédio”; 982.º, n.º 1 do CC, exigindo a presença de todos os sócios para a alteração do contrato de sociedade civil; 116.º, n.º 2 da CRP, que estabelece a necessidade da presença da maioria dos membros; 130.º, n.º 2 da CRP, que, para decidir sobre a iniciativa de processo de responsabilização criminal do Presidente da República, impõe que estejam presentes, no mínimo, dois terços “dos Deputados em efetividade de funções”; 136.º, n.º 2 da CRP, quando se pretenda confirmar decreto da Assembleia da República vetado pelo Presidente da República, para o que se requer que compareçam 50% mais um dos Deputados eleitos; 11.º, n.º 4 do Regime de Organização e Funcionamento do Conselho Superior da Magistratura, que consagra a necessidade da presença de cinco dos membros do Conselho Administrativo para a validade das deliberações; 29.º, n.ºs 1 e 2 do Código de Procedimento Administrativo, requerendo, respetivamente, a presença da “maioria do número legal” dos

se converta em superficialidade. Decidimos analisar a AG regularmente convocada das sociedades comerciais por ser considerada o centro de decisões destas entidades. Porque esta dissertação se integra no Mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios, tomamos como paradigma a AG da SA³, sem prejuízo da exploração das especificidades da AG da SQ.

I. O quórum constitutivo na Assembleia Geral

1. As deliberações da Assembleia Geral

As sociedades comerciais agem por intermédio dos seus órgãos, dada a qualidade de pessoa coletiva⁴ que lhes é conferida “a partir da data do registo definitivo do contrato pelo qual se constituem”⁵. Por conseguinte, o modo como estas entidades são conduzidas é resultado das decisões dos órgãos competentes, cuja atuação “do mesmo modo que conduz à aquisição de direitos que imediatamente ingressam na esfera jurídica da pessoa coletiva, também a vincula às obrigações contraídas em nome dela”⁶; tratando-se de matérias de relevo para a sociedade, o coletivo dos sócios intervém.

Em resultado da detenção de uma participação social, os sócios⁷ veem ser-lhes atribuído um acervo de direitos⁸ gerais, “aqueles que são pertença efectiva de *todos* os sócios”⁹ perante a própria sociedade¹⁰. De entre eles, conta-se o direito de “participar nas deliberações dos sócios”¹¹, que se desdobra nas faculdades de solicitar informações, de estar presente na reunião e de nela discutir, intervir e votar¹² (art. 21.º, b)). No

membros com direito a voto ou de um terço desse universo para que os órgãos colegiais da Administração Pública deliberem.

³ Como nota Coelho, 2008, pp. 334 e 335, n. 2, as disposições que regulam a AG da SA aplicam-se não só à AG da SQ por remissão expressa do preceito do art. 248.º, n.º 1, mas também à da SNC, por força de uma remissão de segundo grau; cfr. art. 189.º, n.º 1. Sobre a “remissão à segunda potência”, veja-se Machado, 2010, p. 106.

⁴ Andrade, 1960, “Tratando-se [...] de interesses colectivos, já o mecanismo da personalidade singular pode não ser suficiente para se conseguir dum modo simples – isto é, sem grandes complicações de regulamentação – uma tutela adequada dos mesmos interesses”, p. 46; Ribeiro, 2012, pp. 526-528, faz corresponder o interesse da sociedade àquela “comunidade de interesses dos sócios” ligados “ao fim da sociedade [...], ou seja, o escopo lucrativo”.

⁵ Cfr. art. 5.º.

⁶ Hörster, 2009, p. 393.

⁷ A relação do sócio com a sociedade é designada na doutrina por “socialidade”, com contornos semelhantes ao conceito de *Mitgliedschaft* alemão. Veja-se Abreu, 2015, pp. 206 ss.; Martins & Ramos, 2015, p. 113; Xavier, 1976, pp. 176 ss., n. 76; Triunfante, 2004, pp. 79 ss.

⁸ Falamos dos direitos corporativos, que existem na esfera dos sócios em razão deste estatuto; ao invés, os direitos extracorporativos são titulados pelo sócio enquanto terceiro perante a sociedade, porque foram “já plenamente adquiridos” pelo sócio. Cfr. Andrade & Correia, 1948, p. 351.

⁹ Itálico do A. Cunha, 1988, p. 232. Pelo contrário, os direitos especiais regulados no art. 24.º configuram privilégios atribuídos, por estipulação do contrato social, a determinado(s) sócio(s) ou, no caso da SA, a categoria(s) de sócios.

¹⁰ Nas palavras de Martins, 2007, p. 98: “Os sócios apenas têm direitos perante a sociedade e não sobre os bens que integram o património social”.

¹¹ A respeito, Cunha, 2006, p. 464, distingue as deliberações do coletivo dos sócios daquelas em que só participam alguns sócios, *v. g.* nas assembleias especiais de acionistas, previstas no art. 389.º. Já o conceito de “deliberação social”, para o A., não coincide com o de “deliberações dos sócios”, por aquelas poderem ser “tomadas por outros órgãos” da sociedade. Ao contrário, Cordeiro, 2007, pp. 693 e 694, rejeita a expressão “deliberação dos sócios” por pôr em destaque o carácter individualista da AG, e prefere a designação “deliberação social” porque “a deliberação é do órgão” a que os sócios pertencem.

¹² Cfr. Triunfante, 2004a, pp. 85 ss. Adotamos o conceito amplo de direito de participação, que engloba o direito ao voto por considerarmos que através do seu exercício o sócio se envolve de forma significativa na vida da sociedade. No mesmo sentido, Martins & Ramos, 2015, pp. 123-125; Ventura, 1996, p. 225.

âmbito da AG, os sócios têm ainda o direito de solicitar a convocação¹³ deste que é o “órgão deliberativo por excelência das sociedades comerciais”¹⁴. Numa sequência lógico-temporal, esta faculdade, prevista nos artigos 248.º, n.º 2 (SQ) e 375.º, n.º 2 (SA), é a primeira a ser exercida. Já a convocação da AG cabe ao Presidente da Mesa, na SA (art. 377.º, n.º 1), e ao gerente, na SQ (art. 248.º, n.º 3), que têm de respeitar o *thema deliberandum* proposto, desde que este se encontre no elenco de assuntos “sobre que a assembleia possa *validamente* deliberar”¹⁵. Na AG, reúnem-se todos os sócios que nela queiram participar, contanto que o possam fazer, de acordo com as estipulações legais e estatutárias que estabeleçam requisitos para a intervenção no processo decisório¹⁶. *Prima facie*, pelo art. 21.º, b), o direito de participar (em sentido amplo) na AG apenas pode ser restringido nos casos previstos na lei, nomeadamente no art. 379.º, n.ºs 1, 2 e 5¹⁷.

A discussão que tem lugar em AG incide sobre os assuntos previamente fixados na ordem do dia (art. 377.º, n.º 5, e))¹⁸ e antecede a votação, que redundará numa deliberação¹⁹ reveladora da vontade da sociedade. Atentando na locução “vontade da sociedade”, evidencia-se que, não obstante proceder das declarações de voto dos titulares de participações sociais, ela não deixa de ser imputada à sociedade²⁰. Para além disso, todo e qualquer sócio fica vinculado às deliberações do coletivo, independentemente quer da sua comparência na reunião de que resultam, quer do seu sentido de voto²¹. Esta vinculação de todos e da sociedade existe apesar de as decisões poderem ser tomadas apenas por alguns sócios, em virtude da consagração do princípio maioritário²².

¹³ Na SA, é um direito de minoria qualificada: o seu exercício exige “o agrupamento de ações”; empregamos o termo “direito de minoria qualificada” no sentido que este A. lhe imprime, ao decidir “tratar como qualificada qualquer participação que ultrapasse a mera ação individual”; cfr. Triunfante, 2004, pp. 73 ss. Na SQ, como qualquer sócio pode solicitar a convocação da AG (art. 248.º, n.º 2), este é um direito individual. Outros sujeitos também legitimados a solicitar a convocação da AG são os elencados no art. 375.º, n.º 1, aplicável à SQ, com “as necessárias adaptações quanto aos órgãos sociais”; cfr. Ventura, 1996, p. 203.

¹⁴ Correia, 2018, p. 272.

¹⁵ Itálico do A. Maia, 2008, p. 440.

¹⁶ Este processo configura-se como “uma sucessão de atos intencionalmente predispostos e conexados, de modo vinculativo” que resulta numa deliberação; cfr. Coelho, 2008, p. 338.

¹⁷ Este regime é afastado quanto à AG da SQ pelo art. 248.º, n.º 5. Veja-se o Acórdão de 23-01-2001, do STJ, Processo n.º 00A3654, Relator Ribeiro Coelho, que, dizendo que “é certo que, mesmo nos casos em que esteja impedido de aí votar, o sócio não pode ser privado de participar numa assembleia geral – o que obriga à sua convocação, sob pena de invalidade do que se deliberar”, decide que, na pendência da aquisição ou amortização de quota de sócio falecido, não existe a obrigação de convocação do sucessor, porque, por força do art. 227.º, n.º 2, está suspenso o direito de participação em AG de amortização da quota.

¹⁸ Segundo Coelho, 1994, pp. 100-102, impõe-se o respeito pela ordem do dia com o intuito de “evitar que a boa fé dos ausentes seja surpreendida com deliberações sobre assuntos [nela] não incluídos”. É assim sob cominação de anulabilidade das deliberações (arts. 58.º, n.º 1, c) e n.º 4, a) e art. 59.º, n.º 2, c)).

¹⁹ Na doutrina, entre outros, qualificam a deliberação como negócio jurídico Xavier, 1976, p. 554; Coelho, 1994, pp. 210-211; Maia, 2007, pp. 231-232; Antunes, 2015, p. 301; e Cunha, 2006, pp. 463-464. Entendem-na como ato jurídico *sui generis* Correia, 1989, pp. 110-111; e Furtado, 2005, p. 166.

²⁰ Cordeiro, 2007, p. 693, afirma: “os sócios emitem declarações de vontade; máxime votam. A deliberação é do órgão a que pertencem, sendo imputável à sociedade”. Já Estaca, 2003, p. 124, na defesa da imputabilidade das deliberações dos sócios à sociedade, lembra que, “quando se verifica uma impugnação judicial de uma deliberação social, é a sociedade a ocupar a posição de demandada”.

²¹ Excetua-se os casos em que aos sócios seja atribuído o direito de se exonerar da sociedade, *v. g.*, no caso da transferência da sede para o estrangeiro, que, na SQ, é atribuído aos sócios que tenham “votado expressamente contra” (art. 240.º, n.º 1, a)), e que, na SA, cabe a todos os que não tenham votado a favor dessa deliberação, em que se incluem os sócios que não tenham estado presentes, que se tenham absterido de votar ou que tenham votado contra (art. 3.º, n.º 5). Cfr. Baptista, 2007, pp. 5-6.

²² Vasconcelos, 2011, pp. 190-209, designa de “sócios discrepantes” aqueles que não formam a maioria e faz assentar a legitimidade desta “sobreposição da maioria à minoria” na adesão voluntária de todos os só-

O conteúdo das deliberações deve respeitar a repartição de competências pelos órgãos sociais. Na SQ, de acordo com o art. 246.º, aos sócios é permitido deliberar sobre assuntos de gestão da sociedade²³, e a essas decisões está o órgão de gestão (gerência) vinculado – art. 259.º, *in fine*. Na SA, ao conjunto dos sócios compete deliberar sobre um conjunto de matérias mais restrito: há que conjugar a norma do art. 373.º, n.º 2, que elenca as competências do coletivo dos sócios, com a do art. 373.º, n.º 3, que delimita negativamente o âmbito da competência deliberativa da AG²⁴. Como, em regra²⁵, os poderes de gestão da SA cabem ao órgão executivo (conselho de administração ou conselho de administração executivo), é a este que o art. 406.º consigna o poder para deliberar sobre os assuntos que se inserem na esfera de gestão social.

Cabe uma palavra sobre a descaracterização das AG; grande parte delas já se realiza de forma bem diferente da idealizada pelo Legislador²⁶. Adicionalmente à AG regularmente convocada, o “*iter processual*”²⁷ que conduz à tomada de deliberações pelos sócios pode assumir as formas estipuladas taxativamente no art. 53.º, n.º 1²⁸. Em todos os tipos de sociedade, as deliberações sociais podem ser tomadas em assembleia universal²⁹ ou – sem obedecer à forma de assembleia – apresentar a forma de deliberação unânime por escrito (art. 54.º) ou de deliberação por voto escrito (apenas no quadro da SQ *ex vi* art. 247.º). A este propósito, refira-se ainda a crescente importância de que se reveste o voto por correspondência, permitido no art. 386.º, n.º 9³⁰, que não constitui uma forma de tomada de deliberação, mas uma modalidade para o exercício do voto. A AG permanece o órgão deliberativo por excelência, mas o nosso ordenamento jurídico consagra um conceito amplo de deliberação: não se exige a presença concomitante dos

cios aos estatutos da sociedade e à lei, que prescrevem o princípio da maioria. A preferência pelo princípio da maioria em detrimento do princípio da unanimidade permite munir a sociedade de flexibilidade para se desenvolver, adaptando-se “às novas e crescentes necessidades e de harmonia com a variabilidade das condições económicas e sociais”. Cfr. Magalhães, 1948, p. 66.

²³ Na SQ, os sócios participam “ativamente na vida da sociedade e na condução da respetiva gestão, conservando a sua ‘irresponsabilidade’ pelas obrigações da sociedade”; cfr. Ribeiro, 2012, p. 52.

²⁴ Como refere Cunha, 2006, p. 483, “em matéria de gestão das SA, a competência da AG é extraordinária”.

²⁵ Porquanto, de acordo com o art. 405.º, n.º 1, o órgão de administração se subordina às decisões sobre a gestão da sociedade que sejam da competência de outros órgãos.

²⁶ Cabe aqui menção à AG no seio da empresa plurissocietária. Conforme assinala Antunes, 2002, pp. 143 ss., a integração da sociedade-mãe no grupo “produz um efeito inelutável de afetação dos direitos de participação social” dos sócios da sociedade-mãe, porque acarreta a “diminuição do âmbito de intervenção da Assembleia Geral dos sócios” sobre “os setores da mesma empresa-global agora destacados para as sociedades-filhas”.

²⁷ Coelho, 2008, p. 338.

²⁸ O direito de “participar nas deliberações de sócios” (art. 21.º, b)) pode ser exercido independentemente da forma adotada para deliberar.

²⁹ Para a constituição desta forma de reunião, também há a obrigatoriedade legal da presença de um determinado número de sócios, que, no caso, corresponde à totalidade dos sócios. Coelho, 2008, p. 359, refere-se a uma “pré-deliberação unânime”, mas sustenta que a unanimidade quanto à constituição da assembleia universal pode ter em conta apenas os sócios com direito de voto, quando tal esteja previsto no contrato de sociedade.

³⁰ A partir da entrada em vigor do DL n.º 76-A/2006.

sócios num mesmo local³¹, desde que a formação da deliberação se possa atribuir à declaração de vontade dos sócios expressa pelo voto³².

2. Exigência de quórum constitutivo: conceito

Em latim, *quorum* é um pronome relativo, genitivo do plural de *qui, quæ, quod*³³, que se traduz por *dos quais*. Por sua vez, o Dicionário da Língua Portuguesa apresenta “quórum” não só como “o número de indivíduos presentes”, mas também como o quantitativo “necessário para que possa funcionar legalmente uma assembleia deliberativa”³⁴. No léxico português, a palavra “quórum” integra a categoria de “nome”. Assim, temos um conjunto *v. g.* de pessoas ou de participações no capital, algumas *das quais* têm de marcar presença na assembleia.

Para avançar uma noção jurídica de quórum constitutivo, recorramos à lei. O art. 383.º, n.º 1 estabelece, como regra geral, a inexistência de quórum constitutivo, quando a AG se realize em primeira convocação/data. A regra aplica-se à AG em que se discutam temas da vida corrente da sociedade, uma das que “por lei não necessitam de quórum constitutivo”³⁵. Esta assembleia corresponde *grosso modo* à denominada AG “ordinária” constante do CCom de 1888³⁶, no art. 179.º, que surge em contraposição com a AG “extraordinária”³⁷. Com a entrada em vigor do CSC, em 1986³⁸, abandonou-se esta nomenclatura, que continua a ter grande utilidade; a ela recorreremos. É por estarem em causa questões de inferior dignidade (do quotidiano social) que estas reuniões não despertam o interesse dos sócios; daí que se conceda um afrouxamento das condições para a sua constituição como forma de viabilizar o processo deliberativo e evitar que se desemboque na paralisação do ente social³⁹. A norma do art. 383.º, n.º 1 é de aplicar também à AG da SQ em que se discutam os mesmos assuntos – por remissão do art.º 248.º, n.º 1 –, uma vez que as normas referentes a este tipo social não prescrevem regulamentação específica para esta assembleia⁴⁰.

Fora do âmbito de aplicação da regra do art. 383.º, n.º 1 está, nomeadamente, aquela AG que, excecionalmente, deve obedecer a “quóruns especiais, impostos pela

³¹ Sobre o art. 377.º, n.º 6, b) e o recurso aos meios telemáticos na AG, veja-se Domingues, 2007. A utilização destes meios de comunicação à distância intensificou-se com a situação epidemiológica provocada pela doença COVID-19, que suscitou a aprovação de medidas excecionais, como a do art. 5.º da Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março, que consagrou: “A participação por meios telemáticos, designadamente vídeo ou teleconferência de membros de órgãos colegiais de entidades públicas ou privadas nas respetivas reuniões, não obsta ao regular funcionamento do órgão, designadamente no que respeita a quórum e a deliberações, devendo, contudo, ficar registado na respetiva ata a forma de participação”.

³² Maia, 2007, p. 229 ss.

³³ Figueiredo & Almendra, 1984, p. 67.

³⁴ Costa & Melo, 1994, p. 1499.

³⁵ Abreu, 2013, p. 121.

³⁶ Aprovado pela Carta de Lei n.º (DG203/1888) de 28-06-1888.

³⁷ A AG era apodada de “ordinária” por se realizar de forma periódica; *vide* Cunha, 2006, p. 482. Chamamos de AG “extraordinária” aquela regulada no art. 383.º, n.º 2, em que se discutem matérias de maior relevo e a aprovação de deliberações exige uma maioria qualificada; *vide* Triunfante, 2005, p. 397, n. 846.

³⁸ Por força do DL n.º 262/86 de 02-09.

³⁹ *Vide*, *infra*, III.1.2.

⁴⁰ Pelo mesmo motivo, o art. 189.º, n.º 1 manda submeter a este regime a AG da SNC; *vide*, *supra*, n. 3.

lei”⁴¹. O art. 383.º, n.º 2 impõe de forma imediata⁴² a observância do quórum constitutivo “como exigência de formação [das] deliberações”⁴³. O preceito elucida que o quórum consiste na necessidade de, na reunião, estarem presentes ou representados⁴⁴ sócios que, em conjunto ou individualmente⁴⁵, sejam titulares de uma fração do capital social pré-definida (um terço). A opção por estabelecer o quórum constitutivo por referência ao capital social assenta na natureza capitalista do tipo social visado no preceito: SA. No ordenamento jussocietário, o capital social é um elemento “imprescindível para se compreenderem a estrutura e funcionamento da própria sociedade”⁴⁶. Em contrapartida, para a contabilização deste quantitativo, desconsidera-se o número total de sócios⁴⁷.

Como desvio à regra da inexistência de quórum constitutivo, este preceito apenas regula de forma direta a AG, reunida em primeira convocação, que delibere “sobre a alteração do contrato de sociedade⁴⁸ fusão, cisão, transformação, dissolução da sociedade ou outros assuntos para os quais a lei exija maioria qualificada, sem a especificar”⁴⁹ 50. Não obstante a remissão do art. 248.º, n.º 1 para o regime da AG da SA, a norma do art. 383.º, n.º 2 não é de aplicar à SQ, porque, neste tipo social, a AG que delibere a alteração de estatutos e a dissolução deve observar regime próprio, firmado nos arts. 265.º e 270.º, que exploramos mais à frente⁵¹.

⁴¹ Antunes, 2015, pp. 294 e 295.

⁴² Em oposição, temos o quórum constitutivo estipulado de forma indireta. *Vide*, infra, I.4.1.

⁴³ Coelho, 2011, p. 13.

⁴⁴ O instituto da Representação apresenta especificidades, consoante seja utilizado numa SA ou numa SQ. Na SA, a lei permite a representação por qualquer pessoa (art. 380.º); na SQ, o art. 249.º, n.º 5 admite a representação de um sócio pelo cônjuge, um ascendente ou descendente ou outro sócio (salvo se o contrato prever expressamente outras pessoas).

⁴⁵ Embora a lei não o refira expressamente, não vemos porque se inviabilizaria a possibilidade de uma AG se realizar com a presença de apenas um sócio, contanto que esse sócio detivesse a participação social exigida para perfazer o quórum constitutivo. Neste sentido, Furtado, 2005, p. 192, “não há nenhum quórum de pluralidade de sócios, nem imposto pela lei nem pela natureza das coisas”; e Xavier, 1976, pp. 206 e 207, n. 94, que afasta as teorias segundo as quais a presença de dois (*duo faciunt collegium*), ou até três, participantes é “requisito da existência de uma verdadeira assembleia”.

⁴⁶ Nas palavras de Domingues, 1998, pp. 16-19. De resto, de acordo com o art. 9.º, n.º 1, f), o capital social é elemento essencial nas sociedades de capitais; esta designação, “em grande medida, repousa precisamente no facto de nestas sociedades existir necessariamente capital social, o qual representa um papel transcendental no seu regime jurídico”; Domingues, 1998, pp. 23 ss. e n. 36.

⁴⁷ O que não significa que a previsão estatutária de quórum não possa impor a presença de um número de sócios determinado.

⁴⁸ Note-se que o art. 59.º, n.º 2 do CRCCom prescreve a obrigatoriedade de apresentar, na conservatória de registo comercial, o contrato de sociedade com as alterações feitas. A propósito, veja-se Rego, 2012, pp. 481-506.

⁴⁹ Exemplos de “assuntos para os quais a lei exija maioria qualificada, sem a especificar”, encontramos nas normas que remetem para o regime da deliberação de alteração dos estatutos: arts. 42.º, n.º 2, que regula a deliberação de sanção de vícios do contrato; 346.º, n.º 6, relativo à deliberação de conversão de ações de fruição em ações de capital; e 460.º, n.º 4, para a deliberação sobre limitação ou supressão do direito de subscrição preferente de ações em aumento de capital; nas normas que remetem para a disciplina da deliberação de fusão de sociedades: arts. 492.º, n.º 2, quanto à deliberação para aprovar ou alterar o contrato de grupo paritário; e 505.º, que dispõe sobre deliberação de modificação do contrato de subordinação; e nas normas que remetem para o regime da deliberação de dissolução da sociedade: art. 161.º, n.º 2, sobre o regresso à atividade da sociedade dissolvida.

⁵⁰ Doravante, por economia de palavras, referir-nos-emos a esta AG como “AG extraordinária”.

⁵¹ Cfr. I.4.1.

Do quórum constitutivo distingue-se o conceito de maioria, definido como o número mínimo de votos favoráveis que determinada proposta⁵² precisa de obter para que seja aprovada⁵³. No CSC, a regra é a da maioria simples – art. 386.º, n.º 1, para a SA, e art. 250.º, n.º 3, para a SQ –, que se forma no universo de votos emitidos, sem contabilizar as abstenções⁵⁴.

3. Fundamento da exigência de quórum constitutivo

Quando está reunida a parcela de capital necessária, a previsão de quórum não representa um escolho de monta nas tomadas de decisão. Contudo, quando não se logre congrega aquele quantitativo, é indiscutível que se impossibilita a produção do principal efeito que se pretende obter com a convocação da AG: a adoção de deliberações⁵⁵. Perante este cenário, a exigência de quórum constitutivo contribui para “entravar o normal funcionamento da instituição”⁵⁶. Logo à partida, com TRIUNFANTE, excluimos a facilitação da deliberação como fundamento para a consagração de quórum^{57 58}. Não é lícito que, em nome do desenvolvimento da sociedade, se comprometam outros valores cuja salvaguarda carece da presença ou representação de uma parcela expressiva do capital social.

Se nos debruçarmos sobre o preceito legal que consagra a exigência de quórum – art. 383.º, n.º 2 –, verificamos que, nesta AG, o que motiva a indispensabilidade da intervenção de um terço do capital social são os assuntos a debate. É precisamente a elevada “importância societária dos conteúdos a deliberar”⁵⁹ que leva a que se intente “assegurar a máxima participação nos trabalhos dos membros do colégio”⁶⁰, através da imposição de quórum.

Por um lado, ao tomar parte na reunião, os sócios discutem e solicitam informações⁶¹ relativamente aos assuntos contidos na ordem do dia. Destarte, não só os sócios podem exercer o direito de voto em consciência, como a proposta a ser votada reúne o contributo de uma parte relevante do capital social, passando a ser representativa da vontade de

⁵² Quanto à noção de proposta, acompanhamos Coelho, 1994, pp. 100 e 101: “uma solução concreta para certa questão problemática” cujo conteúdo material deve respeitar os assuntos fixados na ordem de trabalhos, mas com eles não se confunde.

⁵³ A propósito, Furtado, 2005, p. 181, alerta para a confusão que, por vezes, se faz entre “maioria” e “quórum deliberativo”; este é o “número de presenças (ou representações) necessárias para que, mesmo que todos [...] venham a votar em idêntico sentido, a concreta deliberação a ser votada possa ser aprovada”, pelo que se refere ao que chamaremos de quórum constitutivo indireto; *vide*, *infra*, I.4.1.

⁵⁴ Pelo facto de a maioria para aprovação de deliberações não se reportar ao capital social, Furtado, 2005, pp. 211 e 212, alega que a obtenção da maioria “flutua ao sabor da espontânea maior ou menor emissão de *votos* pelos membros do *colégio*” (itálico do A.).

⁵⁵ Com mais detalhe, *vide*, *infra*, II.2.

⁵⁶ Furtado, 2005, p. 183.

⁵⁷ Triunfante, 2005, p. 86.

⁵⁸ Para os casos em que se favorece este valor, *vide*, *infra*, III.1.1.

⁵⁹ Coelho, 2011, p. 16.

⁶⁰ Furtado, 2005, p. 183.

⁶¹ Quanto ao direito de informação em AG (arts. 214.º, n.º 7 e 290.º) e ao direito às informações preparatórias da AG (art. 289.º), *vide* Labareda, 2008, pp. 123 ss.

todos os sócios presentes⁶². Por outro lado⁶³, a exigência de quórum constitutivo tem como objetivo primordial lograr a representatividade dos sócios nas decisões, passando estas não só a corresponder ao sentido da maioria dos votos emitidos, mas também a refletir a vontade de uma parte considerável do capital social. É certo que o facto de estar representada a percentagem do capital requerida pelo quórum não garante que a maioria do capital representado vote no sentido que faz vencimento, já que só se contabilizam os votos a favor e contra. No entanto, aqueles sócios que se abstêm demonstram indiferença face à aprovação ou rejeição da proposta a votação, pelo que não deixam de estar representados na decisão. Com efeito, sendo forçosa a comparência ou representação de titulares de participações sociais que perfaçam determinado valor, as decisões são inelutavelmente tomadas por uma parte representativa do capital social. Só deste modo se granjeia “evitar que se delibere com uma participação de accionistas considerada insuficiente para que a medida tomada dê penhor de seriedade e de correspondência ao bem da corporação”⁶⁴. Por serem representativas das opções de uma parte satisfatória do capital social, as deliberações estão em condições de ser mais facilmente aceites por todos os sócios. Em última análise, a presença do quórum constitutivo na reunião mitiga o “risco de conflituosidade interna”⁶⁵ na execução das decisões, porque lhes confere maior legitimidade⁶⁶. Porém, não esqueçamos que, no caso de que vimos falando (art. 383.º, n.º 2), aquele quociente é minoritário. Caso contrário, dar-se-ia margem a que uma minoria do capital social impossibilitasse a formação das deliberações através da sua ausência concertada da reunião⁶⁷. Mantendo-se o quantitativo legal, não se dificulta sobremaneira a tomada de decisão⁶⁸.

Não ignoramos que a imposição de quórum constitutivo não acarreta, para os sócios, uma obrigação de comparência nas reuniões. Pelo contrário, participar na AG é sempre um direito dos sócios⁶⁹. Por outro lado, às reuniões para as quais não existe previsão de quórum podem afluir sócios⁷⁰ detentores de grande parte do capital social, pelo que também nessas assembleias há uma grande representatividade do capital. Concluimos frisando que a consagração de quórum constitutivo pretende garantir a representatividade dos sócios nas decisões sobre assuntos de relevo, evitando que a salvaguarda deste valor fique dependente da vontade dos sócios em estar presente na AG.

⁶² Apesar de entendermos que no cômputo do quórum constitutivo apenas se deve incluir o capital social votante (infra, II.1.), mesmo os sócios “excluídos da votação” “têm o direito de intervir na discussão”; cfr. Coelho, 1994, p. 146.

⁶³ Até porque, como nota Triunfante, 2005, p. 106, o voto por correspondência pode ser computado no quórum constitutivo e os sócios que o emitem não assistem nem participam na discussão. *Vide*, infra, II.2.1.

⁶⁴ Correia & Xavier, 1968, p. 6, referindo-se ao quórum constitutivo estabelecido nos estatutos sociais, porque, antes do CSC, não havia quórum legal.

⁶⁵ Triunfante, 2005, p. 82.

⁶⁶ Um pouco à semelhança da consagração constitucional do princípio maioritário, também aqui a aprovação de deliberações pela maioria, “pelo menos, beneficia de uma legitimidade quantitativa maioritária”; *vide* Canotilho, 2011, p. 329.

⁶⁷ Correia & Xavier, 1968, p. 24.

⁶⁸ Seguimos os ensinamentos de Cordeiro, 2012, anotação ao art. 383.º, pp. 1030 e 1031, quando afirma: “Em abstrato, subir o quórum aumenta a representatividade do órgão ou das decisões, mas dificulta o funcionamento; baixá-lo facilita, mas permite que poucos decidam por muitos”.

⁶⁹ *Vide*, supra, I.1., a propósito do direito de participação dos sócios na AG.

⁷⁰ Ou alguém em sua representação.

4. Formas alternativas de consagração de quórum constitutivo

4.1. Quórum indireto

Por norma, a lei⁷¹ não faz a realização de uma AG depender, abertamente, da comparência de uma concreta parcela do capital social. Contudo, desta circunstância não se pode extrair a possibilidade de realizar a reunião sem a verificação deste quociente. É o que sucede quando a lei institui o quórum constitutivo de forma indireta.

Encontramos disto exemplos em normas legais que prescrevem o quórum por intermédio da previsão de uma maioria qualificada em função do capital social, *v. g.*, no art. 265.^o⁷², em que, para aprovação de deliberações sobre alterações nos estatutos da SQ, se exige uma maioria correspondente a três quartos do capital social⁷³.

Prima facie, do que se cuida no preceito é da maioria. No entanto, uma leitura atenta permite-nos depreender que, implicitamente, se exige a comparência, pelo menos⁷⁴, da parcela do capital requerida para a formação da maioria deliberativa⁷⁵. É assim porque esta, ao invés de brotar da totalidade dos votos emitidos, se reporta a um universo mais vasto: o capital social⁷⁶. Se, por hipótese, na AG, estão representados três quartos do total de votos na sociedade⁷⁷, as decisões têm de ser tomadas por unanimidade, não podendo haver abstenções; já se se tratar de um dos casos-regra, supondo que apenas são emitidos três votos, as deliberações são aprovadas por dois votos favoráveis, mesmo que estes correspondam a uma parte ínfima do número total de votos na sociedade. Assim, o estabelecimento de uma maioria qualificada em função do capital social configura o verdadeiro quórum deliberativo a que aludimos supra⁷⁸.

4.2. Quórum estatutário

A exigência de quórum constitutivo pode vigorar numa sociedade comercial por força de disposições da lei ou dos estatutos⁷⁹. Quanto a este segundo meio por que se revela a exigência de quórum, a doutrina discute o alcance da autonomia privada⁸⁰ dos sócios de

⁷¹ Sem prejuízo de aquilo que se deixar dito servir para idênticas disposições estatutárias.

⁷² Também para a deliberação de transferência de sede efetiva para o estrangeiro (art. 3.^o, n.^o 5), bem como aquelas em que esteja em causa a distribuição de menos de metade do lucro distribuível (arts. 217.^o, n.^o 1, e 294.^o, n.^o 1) ou a dissolução da sociedade (art. 270.^o).

⁷³ Por se tratar de um quociente elevado, é adequado a tutelar “legítimos interesses dos sócios minoritários”. Cfr. Abreu, 2008, p. 67.

⁷⁴ Com Correia, 1989, p. 85, n. 28, “isso implica uma exigência de quórum constitutivo, pelo menos igual”.

⁷⁵ Daqui retira Ventura, 1996, pp. 198 e 199, para a SQ, a inaplicabilidade do regime do art. 383.^o, n.^o 2 quanto ao quórum constitutivo nele exigido: “como o art. 265.^o fixa, para os referidos assuntos, o quórum deliberativo mínimo de três quartos dos votos *correspondentes ao capital social*, nada interessa que [...] estejam representados sócios que detenham um terço do capital” (itálico do A.).

⁷⁶ Inscrito nos estatutos sociais, nos termos dos art. 9.^o, n.^o 1, f). Veja-se Antunes, 2015, n. 629, e Furtado, 2005, p. 122.

⁷⁷ A falta de representação de mais de um quarto do capital social na AG pode consubstanciar abuso de minoria, quando a ausência de deliberação se mostre incompatível com o interesse social. Cfr. Abreu, 2008, pp. 67-68.

⁷⁸ *Vide*, supra, I.2. e n. 53.

⁷⁹ A doutrina tende a não considerar os estatutos como fonte de Direito “em sentido estrito”, remetendo-os ao papel de “fonte da disciplina jurídica de uma determinada sociedade em concreto”. Veja-se, a propósito, Antunes, 2015, p. 41.

⁸⁰ O contrato de sociedade representa uma manifestação da iniciativa privada; cfr. Ramos, 2007, pp. 46 e 47.

uma sociedade comercial. É ponto assente que a habilitação dos sócios para, por via de inscrição nos estatutos, derrogar os preceitos da lei comercial que sejam dispositivos – e apenas estes – decorre do estipulado no art. 9.º, n.º 3. Destarte, em ordem a indagar da liberdade estatutária na consagração/alteração de quórum constitutivo, há que distinguir, quanto à natureza⁸¹, as normas que regulam as relações no âmbito da sociedade: de um lado, temos aquelas que, por elencarem características essenciais à qualificação do tipo social, regulamentam a vida da sociedade de forma imperativa e são inderrogáveis⁸²; do outro, temos normas que são dispositivas, porque as suas exigências não contendem com o núcleo identitário do tipo social. Daí que os tipos sociais se concebam como “tipos abertos” cujas características não essenciais podem ser alteradas, “permitindo a sua [do tipo social] adaptação aos casos concretos no exercício da autonomia privada dos sócios”⁸³. Adverte-se para o facto de a descoberta da natureza da norma não se revelar tarefa fácil. Para o efeito, exige-se um esforço interpretativo, havendo que considerar o teor textual da norma e o que ele nos revela acerca da disponibilidade – ou, inversamente, a indisponibilidade – dos interesses subjacentes às regras sobre quórum⁸⁴.

Para a AG ordinária, a lei, no art. 383.º, n.º 1, atribui aos sócios a faculdade de criar a obrigatoriedade da presença de determinado número de sócios ou de votos, ou até de específica porção do capital social⁸⁵. Também o preceito do art. 383.º, n.º 4, quando prevê a inexistência de quórum na AG de segunda data, refere que esta AG se realiza quando a de primeira data não se logre por falta das presenças requeridas “pela lei ou pelo *contrato*”⁸⁶. Deste modo, o Legislador, ainda que, por prudência, se abstenha de impor qualquer quórum constitutivo – preservando o valor da facilidade deliberativa –, decide deixar ao arbítrio dos sócios a decisão sobre a necessidade de representatividade nas decisões⁸⁷.

A simples leitura da disposição do art. 383.º, n.º 1 não esclarece se a previsão de quórum pelos estatutos deve respeitar limites quantitativos. Como o preceito não impõe a necessidade de representação de qualquer porção do capital social⁸⁸, toda a previsão que se faça vai no sentido de dificultar a constituição da reunião. No entanto, a doutrina não é concordante quanto à existência de um limiar máximo que o quociente não pode ultrapassar. De um lado, há quem admita que o quórum previsto estatutariamente possa assumir qualquer valor, inclusive a unanimidade, rejeitando que isto paralise a sociedade, em virtude de a falta de quórum ser suprida, na segunda convocação/data,

⁸¹ A classificação de normas que se segue tem em consideração a distinção “tomando por referência a autonomia privada”, feita por Machado, 2010, pp. 97 e 98.

⁸² A respeito, Maia, 2007a, p. 8, afirma que o princípio da tipicidade “traduz uma restrição à liberdade de fixação do *conteúdo* do contrato” (itálico do A.).

⁸³ Antunes, 2015, p. 135.

⁸⁴ Seguimos de perto Abreu, 2015, p. 469.

⁸⁵ Correia, 1989, p. 85.

⁸⁶ Itálico nosso. Coelho, 1994, pp. 53-54, em especial n. 37 e n. 39.

⁸⁷ Neste sentido, e invocando que, ante determinadas circunstâncias, deve ser deixado ao critério dos sócios decidir da necessidade de representatividade das decisões, exercendo o seu direito de autonomia privada, Triunfante, 2005, p. 231.

⁸⁸ É evidente que, para que possa haver assembleia, se requer a presença ou representação de pelo menos um sócio; o que é indiferente é a parcela do capital social que ele detém. *Vide*, supra, n. 45.

com a dispensa de quórum (art. 383.º, n.ºs 3 e 4)⁸⁹; de outro, há quem rejeite tamanha amplitude para a autonomia estatutária e sugira que o quórum se deva situar abaixo do patamar de um terço do capital social, por só assim se impedir que o quórum da AG ordinária seja tão ou mais exigente que o da AG extraordinária⁹⁰.

Da nossa parte, ainda que seja indiscutível a liberdade estatutária na criação de quórum constitutivo, concordamos com o estabelecimento de limites à autonomia privada. O regime legal de constituição da AG ordinária de primeira convocação/data, mais do que, numa vertente negativa, preterir o valor da representatividade dos sócios nas decisões, é informado por uma preocupação, positiva, de assegurar a facilidade deliberativa. Demais, uma diferente ponderação de valores corresponde à também diferente importância das matérias em causa na concreta AG. Deste modo, e para assegurar a coerência intrassistemática, entendemos que o quórum estatutário da AG ordinária se deve manter sempre abaixo⁹¹ daquele que esteja estipulado para a AG extraordinária. Acolhemos, aqui, a solução plasmada no Direito grego: para a AG em geral, a previsão de quórum superior ao legal é sempre possível, desde que não iguale nem supere aquele que se exige para a AG em que se discutam assuntos de relevo⁹². Por fim, não podemos deixar de assentir que o regime de constituição da AG de segunda convocação/data flexibiliza a tomada de decisão impossibilitada pela previsão de quórum de unanimidade para a primeira das convocações/datas. No entanto, pensamos que o Legislador não pretende relegar a preocupação com a facilidade deliberativa para esse segundo momento. Não se deve querer a viabilização da tomada de decisão apenas como *ultima ratio* para não obstar ao andamento da sociedade; deve-se encará-la como uma preocupação fundamental ao lado do valor da representatividade.

Para a AG extraordinária, a lei já prescreve a observância de quórum – no art. 383.º, n.º 2 –, pelo que a sua estipulação nos estatutos envolve a alteração do quórum legal. Para averiguar se aos sócios é lícito inserir no contrato uma cláusula com tal teor, não basta atentar no texto da norma, que sobre isso não se pronuncia. No entanto, esta omissão “nunca se pode considerar como sinal seguro do [...] caráter imperativo” da norma⁹³. Assim, na parte em que, na norma, se dispõe que o quórum constitutivo é de “pelo menos” um terço, encontramos o que pode ser um indício da concessão de liberdade estatutária⁹⁴: não apenas o quórum é suscetível de ser modificado, como qualquer alteração só pode conduzir à previsão de quóruns mais exigentes. Vejamos se é assim.

⁸⁹ Furtado, 2005, pp. 208 e 209. Admitem também que se estabeleça quórum de unanimidade, entre outros, Abreu, 2013, pp. 121 e 122; Correia, 1989, pp. 84 e 85; Antunes, 2015, pp. 294 e 295.

⁹⁰ Veja-se Triunfante, 2005, p. 293, que, atendendo ao maior grau de absentismo verificado nesta AG, defende esta posição em nome da finalidade prosseguida pela norma legal: almejar a facilidade deliberativa; assim, “[s]empre que se promove um objetivo acima de todos os outros não parece muito lógico, posteriormente, prescindir de qualquer tutela do mesmo”.

⁹¹ Com efeito, também a consagração de maioria deliberativa em função do capital social, em cumprimento da faculdade do art. 386.º, n.º 1, tem de respeitar o limite máximo de um terço do capital social. Já Triunfante, 2005, pp. 391-393, considera que o art. 386.º, n.º 1 não permite que os sócios prevejam maiorias em função do capital social, porque, ao fazê-lo, violam a norma imperativa do art. 383.º, n.º 3, já que – entende o A. – não se podem exigir maiorias diferentes em primeira e em segunda convocações/datas.

⁹² Cfr. art. 29.º, parágrafo 6 da Lei Codificada 2190/1920 sobre sociedades de responsabilidade limitada, por ações (*sociétés anonymes*).

⁹³ Correia & Xavier, 1968, p. 8.

⁹⁴ O argumento é aduzido por Furtado, 2005, p. 209.

Deixámos já dito que a estatuição de quórum constitutivo visa salvaguardar a representatividade dos sócios nas decisões. A diminuição do quociente de um terço afeta a finalidade prosseguida na sua consagração legal; daí que aquele não deva poder ser diminuído⁹⁵. Em contrapartida, o seu aumento, para além de não comprometer aquele desiderato, ainda o intensifica. É certo que se pode admitir que a lei se baste com o quórum minoritário de um terço e que o seu aumento obstaculize de forma excessiva a constituição da AG em primeira convocação/data. Todavia, a intenção da norma não é simplificar as tomadas de deliberação. Também, em face da experiência jussocietária de outros países, verificamos que, neles, não só se impõem quóruns mais exigentes, como ainda se admite a sua elevação⁹⁶. Em último caso, quando não se satisfaça o quórum exigido, a AG pode deliberar sem imposição de qualquer quórum na segunda convocação/data. Note-se que, para a AG ordinária, não acolhemos que a atenuação dos requisitos para deliberar em segunda data/convocação justificasse a imposição ilimitada de quórum naquela reunião. Aceitar, aqui, a consagração estatutária de quórum mais elevado não é um contrassenso, porque não subverte a ordem de valores acautelada pelo Legislador; pelo contrário, fortalece-a. A elevada dignidade das matérias em apreço compadece-se com uma exigência acrescida de quórum.

O art. 383.º, n.º 2, que contém um regime “meramente supletivo”⁹⁷, pode ser modificado. Porquanto se rejeita a diminuição do quociente de um terço, a norma estabelece “limiares imperativos mínimos”⁹⁸, que, ao abrigo do princípio da autonomia privada, podem ser reforçados ilimitadamente, podendo impor-se a unanimidade⁹⁹.

A propósito do quórum constitutivo indireto, cumpre referir que a norma do art. 265.º, n.º 1 permite que, nos estatutos, apenas se aumente o número de votos exigidos para aprovação das deliberações¹⁰⁰. Daqui se constata que uma eventual alteração estatutária conduz invariavelmente ao reforço do quórum constitutivo.

Não descuramos o interesse do debate acerca da previsão de quórum para a AG de segunda convocação/data, que tanto pode existir por força de uma cláusula estatutária, como por força da consagração legal do quórum constitutivo facultativo, no art. 386.º, n.º 4. Para um melhor entendimento, tratamos o tema a propósito das consequências da inobservância do quórum exigido em primeira convocação/data¹⁰¹.

⁹⁵ Veja-se Triunfante, 2005, p. 110, que declara não ser “possível reduzir a grandeza de um quórum estrutural previsto legalmente”. Em sentido contrário e com posição que não sufragamos, Correia, 1989, p. 85, alegando que o quórum pode ser reduzido e até eliminado nos estatutos.

⁹⁶ O art. 2368, 2.ª subdivisão do *Codice Civile* italiano, ao aferir a maioria deliberativa em função do capital social, exige a presença na reunião de mais de metade do capital social; esta maioria pode ser aumentada, no contrato social, levando ao aumento do quórum constitutivo. O art. 193.º, n.º 1 LSC requer a presença de cinquenta por cento do capital social votante e permite a sua elevação no contrato social. Os preceitos elencados dizem respeito a AG equivalentes à AG extraordinária da SA.

⁹⁷ Cunha, 2006, p. 508.

⁹⁸ Antunes, 2015, p. 295.

⁹⁹ Concordam Abreu, 2013, p. 122; Furtado, 2005, p. 209; Correia, 1989, pp. 84-85.

¹⁰⁰ Ao contrário, o quórum constitutivo indireto consagrado no art. 194.º, n.º 1, pode ser reduzido pelos sócios, no contrato.

¹⁰¹ Vide Cap. III, 1.2 e 1.3.

II. Aferição da influência do quórum constitutivo na capacidade para deliberar da Assembleia Geral

1. Composição do quórum constitutivo

Atendendo a que o art. 383.º, n.º 2 consagra o quórum constitutivo em função do capital social – traduzido na cifra “representativa da soma dos valores nominais das participações sociais”¹⁰² –, é a participação social detida por cada sócio que importa na formação do quórum.

Os direitos compreendidos nas participações sociais não têm de ser conferidos de forma uniforme aos sócios de uma SA¹⁰³. De acordo com os direitos e deveres que integram as ações, estas agrupam-se em diferentes espécies: para além das ações ordinárias, há ações diminuídas, privilegiadas ou mistas, que constituem ações especiais, porque “conferem ao seu titular determinados direitos e/ou obrigações especiais”¹⁰⁴. Um dos direitos que podem ser subtraídos ao conteúdo típico das ações é o direito de voto. Se, na SA, a regra é a de o número de votos de cada sócio depender da sua concreta participação no capital social¹⁰⁵ – a uma ação¹⁰⁶ atribui-se um voto (art. 384.º, n.º 1) –, há casos em que se assiste a desvios ao regime-padrão. Podem admitir-se ações preferenciais sem direito de voto (art. 341.º ss.)¹⁰⁷ – que são ações privilegiadas¹⁰⁸ – e ações próprias (art. 316.º ss.), que têm todos os seus direitos (incluindo o de voto) suspensos, por força do art. 324.º, n.º 1, a). Para além disso, o direito de voto não pode ser exercido quanto às participações recíprocas simples e qualificadas (art. 485.º, n.º 3); em situação de conflito de interesses (art. 384.º, n.ºs 4 e 6), ou quando haja uma previsão estatutária que, para o exercício do voto, exija a detenção de um mínimo de ações (art. 384.º, n.º 2, a)). Em consonância com o que afirmámos, consideramos que o direito dos sócios de participar

¹⁰² Domingues, 1998, p. 50. Para o A., esta noção de capital social corresponde à sua aceção formal, a que se junta uma outra, real, segundo a qual o capital social “é constituído por uma massa de bens” que integra o património líquido da sociedade.

¹⁰³ Sem esquecer que, na SA, os direitos especiais são atribuídos às ações e não aos seus titulares, segundo o art. 24.º, n.º 4. Também as ações que conferem direitos iguais aos seus detentores formam uma categoria (art. 302.º, n.º 2). Pelo contrário, nos restantes tipos sociais, os direitos especiais são *intuitus personæ*.

¹⁰⁴ Cfr. Antunes, 2017, pp. 102 e 103. Abordando os requisitos para a criação destes direitos por via de alteração contratual (cfr. art. 85.º, n.º 1), Abreu, 2015, p. 200, defende a carência de unanimidade, em respeito pelo princípio da igualdade de tratamento dos sócios. Contra este entendimento Cunha, 1993, pp. 183 ss., ainda que admita que a criação de direitos especiais possa ter reflexo sobre os direitos de outros sócios, defende ser suficiente “a maioria normalmente necessária para deliberar alterações estatutárias”.

¹⁰⁵ Donde a existência de uma relação direta entre o poder dos sócios de influenciar a vida da sociedade e “o impacto que a decisão tem para os accionistas”; cfr. Castro, 2002, p. 282.

¹⁰⁶ Utilizamos o termo “ação” como sinónimo de participação social. Relativamente aos outros sentidos que a expressão comporta: fração do capital e documento representativo da posição de sócio, vejam-se as críticas que denotam o seu desuso em Cunha, 1993, p. 142: a fração do capital “está condenada pela criação de ações sem valor nominal” admitida pelo 298.º, n.º 1; ação enquanto documento: a “ação não se corporiza necessariamente num título [...] é posto em causa pelas chamadas ações escriturais”. Antunes, 2017, pp. 100-102, alerta para um outro significado de “ação”: o de “instrumento financeiro negociável no mercado de capitais”.

¹⁰⁷ A emissão destas ações apresenta as vantagens da “atribuição aos seus titulares do direito a um dividendo prioritário” e da garantia da “consolidação financeira da sociedade sem perturbar a estabilidade de gestão e de decisão societárias”. Cfr. Baptista, 2016, pp. 413-414. Sem prejuízo de o direito de voto poder passar a ser conferido ao titular destas ações, nos termos do art. 342.º, n.º 3, cfr. Castro, 2002, p. 301: “O direito de voto encontra-se antes em estado de quiescência”.

¹⁰⁸ Consideramos que a lei não prevê o princípio da tipicidade das ações privilegiadas; neste sentido, Cunha, 1993, pp. 149 e 150, que se apoia no teor do art. 302.º, n.º 2. Aqui, cingir-nos-emos a abordar as modalidades de ações expressamente consagradas na lei.

na AG abrange o direito de voto¹⁰⁹. Por isso, a participação na AG dos sócios titulares deste direito tem maior amplitude do que a dos sócios a quem ele não seja atribuído¹¹⁰.

Antes de mais, “a AG dos sócios existe para tomar deliberações”¹¹¹; daí que seja oportuno questionar se, no capital que serve de base ao cálculo do quórum constitutivo, se devem ter em conta todas as participações sociais, mesmo aquelas que não contribuem para a formação da vontade social: as parcelas desprovidas do direito de voto. O ordenamento jurídico nacional não oferece uma resposta inteiramente satisfatória para a problemática, ainda que nos forneça ferramentas que podem ajudar a encontrar uma solução. À primeira vista, o art. 383.º, n.º 2 não diferencia entre capital com e sem direito de voto¹¹², ao contrário do que sucede na legislação de outros países: em Espanha, nos arts. 193, n.º 1 e 194, n.ºs 1 e 2¹¹³ da LSC, enuncia-se que o quórum constitutivo se forma com a representação de vinte e cinco por cento do capital social que contém o direito de voto. O *Codice Civile* italiano (art. 2368. 1.ª subdivisão) exige, para a constituição da assembleia ordinária¹¹⁴, a presença de metade do capital social munido do direito de voto. Entre nós, somente o preceito do art. 341.º, n.º 6 consagra de forma categórica a não contabilização das ações preferenciais sem voto na aferição do cumprimento do quórum.

Summo rigore para efeito de aprovação de deliberações, é indiferente a representação do capital que não integra o direito de voto. Por isso, a presença dos sócios cujas participações sociais não conferem este direito pode ser afastada por disposição no contrato social¹¹⁵. Demais, as decisões são representativas dos sócios que podem exprimir a sua vontade através do voto¹¹⁶. Por conseguinte, só se cumpre o desiderato de representatividade das decisões, que fundamenta a exigência de quórum, se as partes do capital relevantes para o cômputo do quociente comportarem o direito de voto. OLAVO CUNHA refere-o expressamente, definindo o quórum constitutivo como o “número mínimo de votos, correspondentes a uma determinada percentagem do capital social”¹¹⁷.

Quando o quórum constitutivo se impõe por intermédio de uma maioria determinada em função do capital social (*v. g.*, art. 265.º), não é difícil intuir que, para

¹⁰⁹ Vide, supra, I.1. e n. 12.

¹¹⁰ Isto porque os direitos de estar presente e de participar e intervir na AG estão compreendidos na esfera de que é titular o sócio sem direito de voto; vide arts. 248.º, n.º 5 e 379.º, n.º 2 (que admite estipulação em contrário), e art. 341.º, n.º 5.

¹¹¹ Correia & Xavier, 1968, p. 10.

¹¹² “por desnecessidade”, refere Coelho, 1994, p. 53, favorável à desconsideração das parcelas desprovidas do direito de voto.

¹¹³ O art. 193, n.º 1 da LSC estabelece a regra geral para a constituição da AG ordinária, em primeira convocação, à semelhança do nosso art. 383.º, n.º 1, diferindo deste ao consagrar a exigência de quórum constitutivo. Já o art. 194 da LSC respeita à AG extraordinária, em primeira e em segunda convocações, tal como o art. 383.º, n.ºs 2 e 3. A distinção entre as assembleias ordinária e extraordinária assenta nos assuntos discutidos: é extraordinária toda a assembleia em que não se delibere sobre os assuntos – consignados à ordinária – relativos à gestão social, às contas de exercício e à aplicação de resultados; cfr. arts. 164, n.º 1, *in fine*, e 165.º da LSC.

¹¹⁴ Atento o conteúdo das normas dos arts. 2364 e 2364-bis do *Codice Civile*, esta assembleia ordinária corresponde, *grosso modo*, à AG anual do art. 376.º, a qual, antes da entrada em vigor do CSC, se intitulava “AG ordinária”.

¹¹⁵ Apenas em relação à SA; cfr. arts. 379.º, n.º 2 e 248.º, n.º 5.

¹¹⁶ Referimo-nos à representatividade dos sócios na decisão e não na proposta. Vide, supra, I.3.

¹¹⁷ Cunha, 2006, p. 507.

se poder cumprir a maioria deliberativa, o quórum constitutivo se forma a partir das parcelas do capital que contemplam o direito de voto, conforme enuncia o art. 386.º, n.º 5, aplicável à SQ por analogia¹¹⁸. O regime deste preceito só tem aplicação direta quando estejamos perante o quórum deliberativo¹¹⁹. Porém, como este se reporta ao capital social, faz exigência de um mínimo de presenças, tal como o quórum constitutivo direto. Assim, ambas as grandezas têm subjacente a mesma preocupação de assegurar a representatividade dos sócios nas deliberações. Entendemos, por isso, ser necessário fazer uma interpretação corretiva do art. 386.º, n.º 5 para que passe a incluir “todas as exigências de participação que façam menção ao capital social”¹²⁰, máxime o quórum constitutivo. Ao optar-se pela exclusiva contabilização das participações sociais que atribuam aos seus titulares direito de voto¹²¹, deve-se “ficcionalizar que o capital social é o capital votante”¹²². Consequentemente, o capital social votante é o universo do qual se extrai a parte do capital que, por força da previsão de quórum constitutivo, tem de estar representada na AG.

2. Momento da verificação do quórum constitutivo

2.1. Verificação na abertura da Assembleia Geral

Antes de se poder dar início à AG, é premente assegurar que se encontram reunidos certos requisitos para a formação válida das deliberações sociais¹²³, nomeadamente “ajuizar da legitimidade de quem pretenda [...] a própria admissão” à AG¹²⁴. Na SA, este passo é cumprido com a elaboração da lista de presenças (anexa à ata)¹²⁵, de que constam os elementos enunciados no art. 382.º, n.º 1. O exercício desta competência¹²⁶ cabe em exclusivo ao presidente da mesa da AG¹²⁷, a quem “incumbem funções permanentes”¹²⁸ de zelar pelo decurso ordenado da AG. Na SQ, não ditando a lei a obrigatoriedade de elaborar tal lista, aquelas menções são incluídas na ata que se lavre da reunião (*vide* art.

¹¹⁸ Seguimos a posição de Furtado, 2005, pp. 221 e 222, e Ventura, 1986, p. 47. Em derrogação da regra do art. 250.º, n.º 3. Excluídas ficam, assim, não apenas as participações cujo direito de voto esteja afastado, em abstrato (*v. g.*, as quotas próprias, por força do art. 324.º, n.º 1, a), aplicável à SQ *ex vi* art. 220.º, n.º 4), mas também aquelas cujos titulares estejam impedidos de exercer o direito de voto, em concreto (nos casos de conflito de interesses, previstos no art. 251.º). *Vide*, por todos, Abreu, 2013, p. 121; Triunfante, 2005, p. 81; Antunes, 2015, p. 296.

¹¹⁹ Conforme o delineámos supra, I.2., n. 53.

¹²⁰ Triunfante, 2005, pp. 118 ss.

¹²¹ Não são, então, contabilizadas as participações sociais desprovidas de direito de voto e aquelas cujos sócios não podem exercer este direito em virtude de um impedimento temporário, *v. g.*, no caso do art. 384.º, n.ºs 4 e 6.

¹²² Peres, 1988, p. 359.

¹²³ Coelho, 1994, p. 33.

¹²⁴ Xavier, 1976, pp. 64 e 65, n. 31.

¹²⁵ Cfr. art. 63.º, n.º 2, c), *in fine*; segundo Cordeiro, 2007, pp. 706 e 707, a ata consiste num documento escrito e a sua natureza é a de “uma formalidade destinada a completar o processo deliberativo”, cuja existência condiciona a eficácia da deliberação.

¹²⁶ Conferir a identidade dos presentes e a titularidade de ações é um dever do presidente da mesa; a decisão que tome a respeito da admissão ou recusa da participação dos sujeitos é sindicável judicialmente e pode redundar num vício de procedimento da deliberação – 58.º, n.º 1, a). Cfr. Maia, 2008, pp. 442 e 443.

¹²⁷ A constituição da mesa da AG é ela mesma um “pressuposto do início da reunião”; cfr. Correia, 1989, p. 81.

¹²⁸ Pois as suas funções iniciam-se ainda antes da AG, através da convocação desta reunião e terminam já depois da realização da reunião, porque a ele cabe redigir e assinar a ata, por força do art. 388.º, n.º 2; cfr. Maia, 2008, p. 423.

63.º, n.º 2, c)). Como a SQ não tem mesa da AG, a presidência tem de ser assumida por alguém que seja sócio (art. 248.º, n.º 4). Este preside a uma AG e “nos intervalos não tem quaisquer poderes, nomeadamente não tem o poder de convocação da assembleia”¹²⁹.

Quando há exigência de quórum, impõe-se com maior acuidade elaborar a lista de presenças¹³⁰. Antes mesmo de o fazer, aquele que preside à AG deve conferir se, em função da ordem do dia, a reunião está legal ou estatutariamente subordinada à observância de quórum constitutivo¹³¹. Só então se determina se está reunido o número de votos suficiente para perfazer este quociente. Este procedimento antecede a abertura da AG, porque a presença ou ausência daquele quantitativo influencia o funcionamento desta reunião. O alcance da ingerência da verificação do quórum no funcionamento da reunião varia consoante a função que se atribua a essa exigência. Numa formulação negativa, a inobservância de quórum pode impossibilitar a constituição da AG ou impossibilitar apenas a emanação de decisões. Em contrapartida, o quórum pode ser entendido como um requisito estrutural ou meramente como um requisito de atribuição à AG de capacidade para deliberar¹³².

A dúvida coloca-se pela inexatidão da redação da norma legal que institui o quórum direto (o art. 383.º, n.º 2), que exige a representação de um terço do capital social “para que a assembleia geral *possa deliberar*”¹³³. *A priori*, o texto da norma leva a crer que a representação de um terço do capital social é apenas requisito para a deliberação e não impede a constituição da reunião. A ser assim, aos sujeitos presentes, no início da reunião – mesmo que não fossem em número suficiente –, seria lícito discutir os assuntos incluídos na ordem do dia, apenas lhes estando vedada qualquer tomada de decisão. Ora, esta posição encerra em si efeitos perniciosos: desde logo, não se vislumbra interesse na realização de uma AG de que não possam resultar deliberações. Além disso, a votação teria de ser feita na reunião de segunda convocação/data, em que ou se repetia a discussão tida na primeira convocação/data, ou se procedia de imediato à votação da proposta, sem que os sócios que não puderam discutir da primeira vez tivessem ficado esclarecidos¹³⁴. Mais, na esteira do que defendemos a respeito do fundamento do quórum constitutivo, a participação no debate favorece a representatividade da vontade dos sócios na proposta a votação¹³⁵.

Do teor do art. 382.º, n.º 1, que manda atender às presenças no início da reunião, é razoável inferir que o Legislador quer a obediência à imposição de quórum constitutivo desde a abertura dos trabalhos. Coligindo a posição de vários AA, constatamos que todos eles divisam no quórum constitutivo duas valências: permitir que a AG reúna e deli-

¹²⁹ Ventura, 1996, anotação ao art. 248.º, pp. 200 e 201.

¹³⁰ Segundo Coelho, 1994, pp. 55 e 56, a lista de presenças é um “instrumento valioso para a determinação do quórum constitutivo”.

¹³¹ Cunha, 2006, p. 507, advoga que esta verificação se deve dar “[a]ntes de mais”.

¹³² Triunfante, 2005, pp. 100 ss.

¹³³ Itálico nosso.

¹³⁴ A discussão da proposta é enaltecida por Coelho, 1994, pp. 145 e 146, porquanto este “exame alargado dos intervenientes” permite a “preparação do voto e a formação da opinião individual”.

¹³⁵ *Vide*, supra, I.3. e n. 62.

bere¹³⁶. Rejeitando valorizar apenas a atribuição de capacidade para deliberar, é nítida a opção dos AA pela tese do papel estrutural do quórum. Um outro argumento, retirado da lei, contribui para encarar o quórum constitutivo como um requisito estrutural. Falamos da norma que estabelece a realização da reunião em segunda convocação/data quando, na primeira, não se tiver podido *reunir* “por falta de representação do capital exigido” (art. 383.º, n.º 4). Parece-nos manifesto que a norma não reserva este segundo momento apenas para a tomada de decisão. A segunda convocação/data é uma nova oportunidade para a assembleia reunir e deliberar. Assim, na primeira convocação/data, sem que esteja representado um terço do capital social, os trabalhos não se iniciam, não se podendo “realizar a atividade deliberativa”¹³⁷.

O mesmo raciocínio é válido quando estão em causa maiorias qualificadas em função do capital social (*v. g.*, de três quartos, no art. 265.º), caso em que a consagração de quórum constitutivo é indireta. Ainda assim, se a AG não pode deliberar quando não estão representados três quartos do capital social votante¹³⁸, também não se pode “constituir e funcionar validamente sem a presença desse mesmo número”¹³⁹. Donde o quórum constitutivo indireto tenha de ser respeitado na abertura da reunião.

Cabe uma referência ao voto por correspondência, na SA. A lei, no art. 384.º, n.º 9, não esclarece se a participação social titulada pelo emissor do voto deve ser computada no quórum constitutivo. Para idêntico instituto do CVM (art. 22.º), a CMVM, no âmbito do CGS, emitiu a “Recomendação sobre a valoração do voto por correspondência”, que propõe a sua relevância para a formação do quórum constitutivo, na AG de SA aberta. Julgamos ser de saudar esta solução, com aplicação prática no caso em que o voto seja emitido antes da AG (*cfr.* art. 384.º, n.º 9, a)). Já o voto emitido posteriormente à realização da AG (hipótese admitida no art. 384.º, n.º 9, b)) não pode ser contabilizado no quórum, pois, se se desse o caso de essa participação ser determinante para a observância de quórum, teríamos uma AG que se teria constituído sem a presença do quociente.

Para concluir, por entendermos que o quórum constitutivo é um requisito estrutural, a sua inobservância impede sempre a deliberação, já que comporta “automaticamente a não realização da reunião”¹⁴⁰. Não é demais frisar que, quando a convocatória contemple temas que não se subordinam à necessidade de quórum, a AG se pode constituir e tomar decisões que incidam sobre eles. No entanto, se dessa convocatória constarem também assuntos que requeiram tal quantitativo, os sócios devem abster-se de emitir deliberações quanto a estes¹⁴¹.

¹³⁶ *Vide*, por todos, Antunes, 2015, p. 294, para quem o quórum é preciso para a AG “reunir e deliberar”; Xavier, 1976, p. 210, n. 94, que fala da exigência de quórum para que a AG possa “constituir-se e deliberar”; Correia, 1989, p. 85, que afirma a essencialidade daquele para a assembleia reunir e deliberar.

¹³⁷ Furtado, 2005, p. 176. Aqui, a atividade deliberativa trata-se do “*iter* cujo percurso é necessário efectuar gradualmente para alcançar a meta desejada”, a deliberação; *cfr.* Coelho, 1994, p. 33.

¹³⁸ Com Cunha, 2006, p. 508, quando sufraga que, para deliberar, “têm de estar presentes, necessariamente, esses três quartos do capital social”.

¹³⁹ Correia & Xavier, 1968, p. 10.

¹⁴⁰ Triunfante, 2005, p. 106.

¹⁴¹ De acordo com Abreu, 2013, p. 120 e n. 4. A possibilidade de a ordem do dia conter assuntos da chamada AG “ordinária” e outros da “extraordinária” advém do facto de, na nossa lei, não se fazer tal distinção entre as AG; *cfr.* Triunfante, 2005, pp. 401 e 402, n. 857.

2.2. Verificação em momento posterior à abertura da Assembleia Geral

O quórum que se cumpre no momento da elaboração da lista de presenças pode deixar de se verificar em razão do abandono da AG por parte de sócios detentores de determinada parcela do capital. Em face deste comportamento, pode indagar-se se basta que o “acertamento do quórum constitutivo”¹⁴² se dê no começo da AG, ou se, pelo contrário, essa verificação não é definitiva e deve ter em consideração as atualizações do universo presente ao longo da reunião¹⁴³. Deste modo, avaliamos se a observância de quórum constitutivo cumpre a função de atribuir à AG capacidade para deliberar.

De um lado, Olavo Cunha¹⁴⁴ rejeita a necessidade de atualizar a lista de presenças no momento da votação, independentemente de haver sócios que abandonem a reunião. O A. reconhece não encontrar impedimento para que, mesmo sem a presença do quórum exigido, a assembleia delibere. Com o respeito que nos merece o douto A., temos dificuldade em conciliar esta posição com a que preconiza acerca da formação do quórum somente a partir do capital social que inclui o direito de voto¹⁴⁵. Aí, deixa antever que é favorável à ideia de que a exigência de quórum constitutivo desempenha a função de atribuir à AG capacidade para aprovar deliberações. Mais, o A. entende que a observância deste quociente, quando requerida, é essencial para que estejam “reunidas as condições para a assembleia poder funcionar e deliberar”¹⁴⁶. Podemos, com relativa segurança, concluir que Olavo Cunha atribui importância meramente formal ao respeito pelo quórum constitutivo para a tomada de decisões válida. Assim, considera fundamental que o quórum seja observado no início da reunião e não naquela fase em que pode assegurar o propósito com que foi criado: assegurar a representatividade das decisões.

No ponto precedente, mencionámos a dupla valência que certos AA veem no quórum: permitir que a AG reúna e delibere. A necessidade de se fazer referência a esta última encontra apoio na norma do art. 383.º, n.º 2 que, ao prescrever a obrigatoriedade das presenças “para que a AG possa *deliberar*”¹⁴⁷, aponta no sentido de o quórum ter de “subsistir no momento da votação”¹⁴⁸. Neste sentido se pronuncia Lucas Coelho, para quem o quórum se deve “manter intocado durante todo o decurso da mesma”, sendo “necessária a sua verificação permanente”¹⁴⁹; também para Triunfante, o respeito pelo quórum constitutivo se deve manter “na pendência de toda a assembleia”¹⁵⁰. Estes AA arvoram a sua posição na necessidade de garantir que as decisões da AG representam a

¹⁴² Expressão utilizada por Coelho, 2011, p. 16.

¹⁴³ Na Alemanha, o art. 129.º, n.º 4 do AktG manda que a lista de presenças seja disponibilizada no momento que precede a votação, como forma de assegurar a sua correspondência à realidade.

¹⁴⁴ Cunha, 2006, p. 519.

¹⁴⁵ Vide, supra, II.1.

¹⁴⁶ Cunha, 2006, p. 509.

¹⁴⁷ Itálico nosso.

¹⁴⁸ Furtado, 2005, p. 194.

¹⁴⁹ Coelho, 2011, p. 17. Contra o entendimento de Correia, 1989, pp. 90 e 124-125, que admite que da AG regularmente constituída “saiam ocasionalmente” sócios em número suficiente para que deixe de se verificar o quórum; o A. sustenta que a AG pode “funcionar” durante a ausência dos sócios, mas “o quórum deve verificar-se no momento da deliberação”.

¹⁵⁰ Triunfante, 2005, pp. 107 ss. e 401 ss.

vontade dos sócios que importam para a composição do quórum. Não podemos deixar de concordar que, através da certificação de que a parcela do capital necessária para a constituição da AG está representada também no momento em que se proceda à votação, se garanta que o fundamento do quórum é cumprido.

Esta conclusão, apesar de lógica, não é inequívoca. Durante a reunião, o quórum pode deixar de se cumprir porque os sócios, ao aperceber-se de que a proposta será aprovada – ou rejeitada –, abandonam o local, provocando intencionalmente o “bloqueio deliberativo”¹⁵¹. A saída de sócios no decurso da reunião para impedir a deliberação não é um comportamento reprovável, pois corresponde ao exercício de uma faculdade dos sócios e a uma “forma legítima de obstrucionismo”¹⁵². Mais a mais, não esqueçamos que a ausência dos sócios é sanada pela realização da AG em segunda data. Inversamente, as consequências que advêm da emissão de decisões por uma AG em que não se cumpram os requisitos legais ou estatutários, para além de mais gravosas, não cessam de forma tão simples.

Posto isto, o quórum constitutivo é um requisito estrutural necessário para a constituição da AG, que não deixa de se considerar, também, requisito para atribuir à assembleia capacidade para deliberar. Se, no momento da votação, não está presente o quantitativo necessário, a AG deve considerar-se deserta e a reunião não pode prosseguir¹⁵³.

Quanto à previsão indireta de quórum constitutivo (*v. g.*, no art. 265.º), é inequívoco que, por a maioria ser aferida por referência ao capital social, o quórum constitutivo tem de ser cumprido, também, no momento da votação, para que se logre a aprovação de deliberações¹⁵⁴.

III. Incumprimento do Quórum Constitutivo

1. Assembleia Geral de segunda convocação/data

O incumprimento do quórum constitutivo legal ou estatutariamente¹⁵⁵ exigido implica a não realização da assembleia no dia fixado na convocatória, significando que deixou de se deliberar acerca dos assuntos elencados na ordem do dia. Por isso, impõe-se reunir em nova data para discutir os temas que iriam ser discutidos naquela assembleia¹⁵⁶. A nova oportunidade para reunir pode advir da convocação de nova assembleia, ao abrigo do art. 383.º, n.º 3, ou, em alternativa, de acordo com o n.º 4 do mesmo art., da marcação, na convocatória da primeira reunião, de uma segunda data para a eventualidade de a AG não se poder realizar na primeira data definida. A disciplina da AG de segunda data é

¹⁵¹ Furtado, 2005, p. 221.

¹⁵² Triunfante, 2005, p. 108. Se os sócios não têm obrigação de comparecer à AG, também não têm de permanecer na reunião contra a sua vontade; cfr. Triunfante, 2005, p. 112.

¹⁵³ Furtado, 2005, pp. 192 e 194.

¹⁵⁴ Correia, 1989, p. 125, para quem a exigência implícita de quórum constitutivo se deve “verificar no momento da deliberação e não só no momento do início da reunião”.

¹⁵⁵ Uma vez que o art. 383.º, n.º 4 prevê a reunião em segunda data por ausência da parcela do capital “exigido pela lei ou pelo contrato”; não existindo quórum legal para a AG ordinária de primeira data, esta só ocorre em segunda data se os sócios tiverem exercido a faculdade de criação estatutária do quórum prevista no art. 383.º, n.º 1. *Vide*, supra, I.4.2.

¹⁵⁶ Não se confunda esta reunião de segunda convocação com a segunda reunião da primeira convocação necessária para “completar a ordem de trabalhos”; *vide* Correia, 1989, p. 97.

decalcada da disciplina da de segunda convocação, pelo que, neste capítulo, usaremos apenas o termo “segunda data” pela sua maior abrangência.

Fazemos menção apenas à AG da SA. Relativamente à SQ, entende-se que o art. 248.º, n.º 1 não remete para o art. 383.º, n.º 2. Por conseguinte, a circunstância de o regime da assembleia de segunda convocação/data do art. 383.º, n.º 3 ser “complemento necessário”¹⁵⁷ do quórum instituído pelo art. 383.º, n.º 2, conduz à não aplicação do regime do art. 383.º, n.º 3 à AG da SQ. Assim, da primeira data para a segunda, não se registam diferenças quanto ao regime do quórum indireto¹⁵⁸.

1.1. Fundamento da inexistência de quórum

Nesta segunda oportunidade, há a preocupação de promover a deliberação sobre os assuntos que ficaram por discutir. Eliminando qualquer exigência de quórum constitutivo, a lei deixa de parte a necessidade de representatividade dos sócios nas decisões, mesmo quanto àquelas que versem sobre os assuntos do art. 383.º, n.º 2. A este regime subjaz, antes, a preocupação de “assegura[r] o funcionamento daquele órgão social [a AG] contra o perigo do possível absentismo dos acionistas”¹⁵⁹. Assim, à semelhança do que foi exposto a propósito da AG regulamentada no art. 383.º, n.º 1, prescinde-se de quórum constitutivo para “franquear a capacidade deliberativa desta assembleia”¹⁶⁰. Nesta renúncia à exigência de quórum constitutivo reside o motivo por que esta assembleia de segunda data é percecionada como uma solução para o incumprimento deste requisito. Com efeito, invocando o pensamento de Teixeira Garcia, perante a inexistência de quórum na segunda data, “o reforço do quórum” para a AG de primeira convocação/data, tem eficácia “praticamente nula” e com ele “limita-se a ganhar tempo”¹⁶¹.

Numa avaliação global da disciplina legal da AG da SA, no que à exigência/dispensa de quórum respeita, assistimos a um equilíbrio entre dois valores: a representatividade e a facilidade deliberativa. A inexistência de quórum na AG de segunda data surge, então, como contrapeso da imposição de quórum na primeira data: é legítimo simplificar as tomadas de decisão somente porque, na primeira tentativa de reunir, se gorou a pretensão de representatividade. O raciocínio inverso também colhe, já que a fixação de requisitos apertados para a deliberação só é permitida enquanto eles venham a ser atenuados na segunda data da AG¹⁶².

1.2. Previsão estatutária de quórum

Vimos dizendo que, de acordo com o preceito legal do art. 383.º, n.º 3, esta AG não apresenta exigência de quórum constitutivo. Ora, diferentemente da norma do art. 383.º, n.º 1, do teor literal do n.º 3 não se retira a concessão aos sócios do direito de modificar

¹⁵⁷ Ventura, 1996, pp. 198 e 199.

¹⁵⁸ *Vide*, supra, I.4.1.

¹⁵⁹ Correia & Xavier, 1968, p. 14, quanto ao extinto art. 184.º do CCom, em tudo semelhante ao regime de que aqui curamos.

¹⁶⁰ Abreu, 2013, p. 122.

¹⁶¹ Garcia, 1995, p. 298.

¹⁶² Neste sentido, Triunfante, 2005, pp. 93-95, que afirma: “a primeira das convocações acaba por ser um pouco como um tubo de ensaios, onde todas as experiências são admissíveis”.

o seu regime. Por este motivo, a doutrina debate a natureza imperativa ou dispositiva de tal preceito¹⁶³ e, por conseguinte, cogita a hipótese de consagração estatutária de quórum constitutivo para a AG de segunda data.

À semelhança do que se passa na legislação societária de Espanha¹⁶⁴ e Itália¹⁶⁵, cremos ser curial que se abordem as AG ordinária e extraordinária em separado. Tenha-se em mente que o objetivo da promoção da deliberação na AG de segunda data é garantir a continuidade do ente social.

As deliberações essenciais para o prosseguimento da atividade da sociedade são aquelas que emergem da AG ordinária. É certo que o poder judicial pode suprir a inércia dos sócios quanto às matérias elencadas, *v. g.*, nos arts. 67.º (apresentação das contas), 394.º (nomeação judicial de administrador) e 417.º (nomeação judicial dos membros do conselho fiscal)¹⁶⁶. No entanto, cremos não ser razoável encarar a intervenção judicial como a regra na resolução de problemas no seio da sociedade, precipuamente porque as decisões judiciais podem não coincidir com a vontade dos sócios¹⁶⁷. Além disso, há outras matérias que, se não forem discutidas na AG ordinária, ficam por decidir, como a distribuição de lucros e a destituição de administradores (art. 376.º, n.º 1, b) e c))¹⁶⁸. Por isto, a previsão estatutária de quórum constitutivo para a AG de segunda data apresenta-se como um “obstáculo ineliminável ao funcionamento da AG [...] indispensável à vida da sociedade”¹⁶⁹.

Somos levados a sufragar a posição daqueles que sustentam que o caráter imperativo do preceito do art. 383.º, n.º 3, quanto à AG ordinária, garante que “a actividade corrente e normal permanece intocada, sem paralisia alguma”¹⁷⁰. Assim, evita-se que a falta de deliberação ponha em causa a preocupação do Legislador com a subsistência do ente social¹⁷¹, pois, não podendo a sociedade prosseguir a atividade que constitui o seu objeto, verifica-se a causa de dissolução administrativa da sociedade prevista no art. 142.º, n.º

¹⁶³ Já que, como bem assinala Correia, 1989, p. 87, a atinência ao elemento literal “não é concludente”, porque a omissão de autorização para estipulação de quórum nos estatutos se pode tratar de uma lacuna, ou advir da intenção do Legislador de estabelecer regimes diferentes para as duas AG.

¹⁶⁴ Onde se estabelece disciplina diferente para os dois tipos de assembleia: para a AG equivalente à nossa ordinária, no art. 193.º, 2 da LSC, não se prevê a exigência de quórum e permite-se que os estatutos a consagrem, com o limite valor do quórum para a primeira convocação; já para a AG que corresponde à extraordinária, no art. 194.º, n.º 2 da LSC, impõe-se a presença de vinte e cinco por cento do capital social votante e, do n.º 3 retira-se a possibilidade de aumentar esse quantitativo.

¹⁶⁵ No art. 2369, 1.ª e 3.ª subdivisões do *Codice Civile*, prescreve-se que, na segunda data, não há quórum para aquela que se assemelha à AG ordinária, mas para a AG equiparada à nossa extraordinária exige-se a representação de um terço do capital social; na 4.ª subdivisão permite-se que para a AG extraordinária se estabeleça quórum mais elevado, mas recusa-se essa faculdade para a ordinária.

¹⁶⁶ A competência para deliberar sobre estas matérias cabe à AG ordinária: arts. 376.º, n.º 1, a), para apresentação das contas, 376.º, n.º 1, d) conjugado com o art. 391.º, n.º 1, quanto à nomeação de administrador, e com o art. 415.º para a eleição de membros do conselho fiscal.

¹⁶⁷ Cfr. Triunfante, 2005, pp. 389 e 390.

¹⁶⁸ Maia, 2002, pp. 237 e 238, dá conta destes e de outros assuntos quanto aos quais o tribunal não pode intervir, nomeadamente a remição de ações, que se não for deliberada, como bem nota o A., pode levar a que se requeira a dissolução da sociedade – art. 345.º, n.º 10.

¹⁶⁹ Correia & Xavier, 1968, p. 15.

¹⁷⁰ Furtado, 2005, p. 217.

¹⁷¹ Não podemos concordar com Correia & Xavier, 1968, p. 19, quando afirmam que impedir a dissolução da sociedade significa dar continuidade a um projeto em que os sócios já não têm interesse. Não é assim se considerarmos que se trata de proteger os interesses da economia na subsistência do ente social, pois, como advoga Triunfante, 2005, p. 387, “A sociedade anónima é um instrumento particularmente importante no mo-

1, b)¹⁷². Mais, não nos parece justo que aqueles sócios que querem tomar decisões para desenvolver a sociedade fiquem à mercê da boa vontade dos que apenas têm interesse no lucro do exercício.

Se os sócios previrem, nos estatutos, uma regra segundo a qual, a partir desse momento, tem de se cumprir quórum constitutivo em toda a AG ordinária de segunda data, a deliberação que a aprove viola a norma do art. 383.º, n.º 3. Este dispositivo legal prescinde do quórum, de forma imperativa, para a AG ordinária, não podendo o seu regime ser afastado. A deliberação que o derroge padece de vício de conteúdo, pelo que é nula por força do art. 56.º, n.º 1, d)¹⁷³. Isto sem prejuízo de o art. 294.º do CC prescrever a nulidade da cláusula estatutária que viole tal norma imperativa¹⁷⁴.

Na AG extraordinária, abordam-se assuntos de relevo passíveis de alterar a estrutura da sociedade. Como tal, a ausência de deliberação não impede a continuação da atividade da sociedade e não se verifica o receio de bloqueio do ente pela criação estatutária de quórum constitutivo para esta AG¹⁷⁵. Mais, não se impossibilitando o prosseguimento do objeto social, os assuntos sobre os quais deixe de se deliberar, por muito importantes que sejam, “não acarretam de per si direta e necessariamente [...] a dissolução da sociedade”¹⁷⁶.

Os defensores do caráter imperativo da norma do art. 383.º, n.º 3 sustentam que, podendo a estatuição de quórum pelos sócios atuais aumentar o risco de dissolução da sociedade, se afetam os interesses de terceiros, incluindo o dos sócios futuros¹⁷⁷. Não deixamos de admitir a natureza injuntiva de preceitos que prescrevam vantagens para todos os que venham a ingressar na sociedade¹⁷⁸. Porém, se a impossibilidade de deliberar na AG extraordinária não conduz à dissolução do ente coletivo, não nos parece que, com esse fundamento, a previsão de quórum afete negativamente os futuros sócios. Se considerarmos que, nesta AG, se pode decidir sobre a dissolução da sociedade – art. 383.º, n.º 2 –, a inexistência de quórum compromete mais facilmente a subsistência do ente por permitir que uma parte pouco expressiva do capital o decida dissolver. Visto por este prisma, a criação de quórum constitutivo para a AG extraordinária de segunda data favorece a conservação da identidade social. Ao invés, a inexistência de quórum tem em consideração o interesse daqueles sócios para quem assistir à AG configura um “pesado ónus”¹⁷⁹. Pelo exposto, consideramos que a imposição de quórum para a AG

dermo mercado global”; com efeito, basta atentar no art. 64.º, n.º 1, b), para atestar os diferentes interesses protegidos pelo Direito Societário, nomeadamente os dos “trabalhadores, consumidores, clientes, interesses difusos (*v. g.*, o meio ambiente) e a própria sociedade como um todo” referidos por Antunes, 2015, p. 31.

¹⁷² Ventura, 1987, p. 125: se a atividade se torna impossível, há “uma situação inicial de possibilidade do objeto e uma subsequente alteração das circunstâncias”.

¹⁷³ Frisamos que não é apenas por se tratar de violação de norma imperativa que se impõe a nulidade da deliberação, mas por ser o próprio conteúdo da deliberação (e não o procedimento que a ela conduz) a ofender norma com tal natureza. *Vide*, entre outros, Abreu, 2015, pp. 458 ss. e 469 ss.; Xavier, 1976, pp. 180 ss.; Antunes, 2015, pp. 308 e 309.

¹⁷⁴ Furtado, 2005, pp. 533 e 534, e Xavier, 1976, p. 144.

¹⁷⁵ Furtado, 2005, pp. 215 e 216.

¹⁷⁶ Correia & Xavier, 1968, pp. 16 e 17.

¹⁷⁷ Sufragando esta posição, Triunfante, 2005, pp. 388 e 389, e Maia, 2002, p. 236.

¹⁷⁸ De acordo com Xavier, 1976, pp. 260 e 261, que sustenta a nulidade de deliberações cujo conteúdo ofenda esses preceitos legais.

¹⁷⁹ Subscrevemos a posição de Furtado, 2005, p. 216.

extraordinária de segunda data “é tudo quanto há de mais compreensível e justificado”¹⁸⁰ e que, para esta AG, a norma do art. 383.º, n.º 3 consagra um regime supletivo¹⁸¹.

Não se olvide que a exigência de quórum constitutivo pode advir da consagração de maioria deliberativa aferida em função do capital social. Se é certo que a permissão para prever maiorias superiores às legalmente previstas está plasmada no art. 386.º, n.º 1, é discutível se tal faculdade pode ser utilizada para criar implicitamente um quórum estrutural. Para a AG ordinária, essa possibilidade é, desde logo, afastada por força da imperatividade da norma do art. 383.º, n.º 3 para esta assembleia¹⁸². Quanto à AG extraordinária, independentemente de o art. 386.º, n.º 1 permitir ou não a consagração de maiorias diferentes para cada uma das datas¹⁸³, não vemos motivo para impedir a previsão do quórum deliberativo. Aliás, há mesmo quem arvore a defesa do caráter dispositivo da norma do art. 383.º, n.º 3 no entendimento de que aos sócios é permitido estabelecer uma maioria determinada em função do capital social, ao abrigo do art. 386.º, n.º 5¹⁸⁴. Cabe aqui referência à limitação do valor que o quórum pode assumir. Como a segunda data surge na sequência do incumprimento do quórum em primeira data, para que se assegure a facilidade deliberativa naquela, é desejável que qualquer quórum se mantenha abaixo daquele que vigore na AG extraordinária de primeira data.

1.3. Quórum constitutivo “facultativo”¹⁸⁵

Debruçamo-nos agora sobre questão diferente da do quórum constitutivo como “requisito da constituição da assembleia”¹⁸⁶. Através da previsão do quórum constitutivo facultativo, no art. 386.º, n.º 4, a lei não impõe *proprio sensu* um mínimo de presenças, antes permite que, caso o capital representado na reunião ultrapasse um dado montante, se suavize outro requisito para aprovação de deliberações: a maioria deliberativa¹⁸⁷.

O recurso a este expediente vale apenas na AG de segunda data da SA, para a qual não há exigência legal de quórum constitutivo, sejam quais forem os assuntos a debater. Todavia, para aprovar deliberações sobre as matérias elencadas no art. 383.º, n.º 2, a lei, no art. 386.º, n.º 3, não deixa de decretar a maioria qualificada de dois terços dos votos emitidos¹⁸⁸. Ora, por força do disposto no art. 386.º, n.º 4, quando, na AG, estejam

¹⁸⁰ Correia & Xavier, 1968, p. 17.

¹⁸¹ Contra este entendimento, Abreu, 2013, p. 122; e os AA da n. 177.

¹⁸² No mesmo sentido, Triunfante, 2005, p. 372.

¹⁸³ Recorde-se o que se disse supra, n. 91.

¹⁸⁴ Defendem este argumento, entre outros, Correia & Xavier, 1968, pp. 9-11, e Correia, 1989, p. 87; para este A., “podendo o contrato fixar um quórum deliberativo em função do capital social, que pressuponha um quórum constitutivo determinado, daí resulta que este terá de ser respeitado, inclusivamente em segunda convocação”.

¹⁸⁵ Designação atribuída por Coelho, 1994, p. 54, n. 38.

¹⁸⁶ Coelho, 1994, p. 52.

¹⁸⁷ Em Espanha, a técnica legislativa adotada foi a inversa: reforçar o quórum deliberativo quando não se atinja o número de presenças considerado ideal; para, na 2.ª convocatória, se deliberar sobre os assuntos do art. 194.º, o n.º 2 deste art. da LSC exige a presença de vinte e cinco por cento do capital social com direito de voto; estando representados cinquenta por cento do mesmo capital, aprovam-se deliberações por maioria absoluta dos votos (art. 201.º, n.º 2, 1.ª parte da LSC); este quociente passa a dois terços do capital representado na assembleia se estiverem representados menos de cinquenta, mas mais de vinte e cinco por cento do capital social votante (art. 201.º, n.º 2, 2.ª parte da LSC).

¹⁸⁸ Ainda assim, para alterar o contrato, esta maioria apresenta-se como uma exceção ao princípio instituído no art. 406.º, n.º 1 do CC, de acordo com o qual a modificação dos contratos se deve fazer “por mútuo

presentes ou representados acionistas que congreguem, no mínimo, cinquenta por cento do capital social, está reunida a “condição para a tomada de deliberações por maioria deliberativa inferior à regra geral”¹⁸⁹: a maioria supletiva – cinquenta por cento dos votos emitidos mais um¹⁹⁰ –, prevista no art. 386.º, n.º 1. No entender do Legislador, a representação de metade do capital social leva a que esteja já “assegurada uma certa representatividade”¹⁹¹ nas decisões, pelo que não é necessário ser tão rigoroso com a maioria deliberativa. Quer o momento da verificação, quer a composição do capital e das participações sociais relevantes para a formação do quórum constitutivo facultativo não apresentam diferenças relativamente ao quórum direto, pelo que beneficiam das considerações expendidas supra¹⁹².

Concluindo, o quórum constitutivo facultativo não é um requisito indispensável para a manutenção da AG; a sua omissão apenas determina que vigore a maioria deliberativa de dois terços dos votos emitidos (cfr. art. 386.º, n.º 3). O facto de não estar representado metade do capital social não retira capacidade para deliberar à assembleia, ao contrário do que se passa em relação ao quórum constitutivo direto¹⁹³.

2. Deliberações adotadas sem observância de quórum

Quando o quórum constitutivo se apresente como exigência – legal ou estatutária – para a válida formação da deliberação, é imperioso que este quociente estrutural se verifique no início da reunião. Caso contrário, como foi demonstrado, a assembleia não pode emitir deliberações sobre os assuntos para os quais se faz tal imposição. Qualquer discussão que aí se faça entre sócios que não representem a porção do capital social exigida pela previsão de quórum não poderá ser apodada de AG. Naturalmente, nada impede que aqueles sócios, informalmente, entrem num confronto de ideias e cheguem a uma decisão comum; no entanto, esta nunca será vinculativa nem para a sociedade, nem mesmo para os sócios que a perfilharem.

Por conseguinte, temos que, se os sócios presentes (ainda que em número insuficiente para reunir e deliberar) aprovam uma deliberação, infringem aquela regra que prescreve o mínimo de presenças para que a reunião “ascend[a] à categoria de AG”¹⁹⁴. É assim pois, como vimos, a inobservância do quociente constitutivo retira capacidade para deliberar à AG. A deliberação que surja de uma tal reunião de sócios é violadora das normas (legais ou estatutárias) que prescrevem a observância de quórum constitutivo (*v. g.*, arts. 265.º e 383.º, n.º 2) e, por isso, padece de um vício.

consentimento” dos contraentes. Marques, 1953, pp. 172 e 173 (ainda que anterior ao CSC e ao CC de 1967), justifica este desvio com o facto de o contrato de sociedade criar um novo ente com “individualidade jurídica desprendida da dos seus fundadores”.

¹⁸⁹ Antunes, 2015, n. 623.

¹⁹⁰ Já que, “[h]avendo empate: a proposta não é aprovada”; cfr. Cordeiro, 2012, anotação ao art. 386.º, p. 1037.

¹⁹¹ Triunfante, 2005, p. 80.

¹⁹² *Vide*, supra, II.2. para o momento da verificação do quórum e, supra, II.1. para a composição do capital e das participações que compõem o quórum.

¹⁹³ Triunfante, 2005, p. 80.

¹⁹⁴ Triunfante, 2005, p. 106.

Ainda que se possa equacionar que o desrespeito pelo quórum legal importe somente a irregularidade da deliberação¹⁹⁵, facto é que a Lei (nos arts. 56.º, n.º 1 e 58.º, n.º 1) se mostra categórica quando prevê apenas duas alternativas para sancionar as deliberações que violem preceitos legais: a nulidade e a anulabilidade. Para decidir aplicar um destes dois regimes, há que atentar que as causas de nulidade se revelam taxativas¹⁹⁶ e que a anulabilidade se apresenta como residual, tratando-se do regime-regra¹⁹⁷ da invalidade¹⁹⁸ das deliberações sociais – diferentemente do que sucede no Direito Civil quanto à invalidade dos negócios jurídicos (cfr. art. 294.º do CC). Isto explica-se pela necessidade de imprimir a vida social de segurança jurídica¹⁹⁹, já que, nas sociedades comerciais, os atos se sucedem e apoiam uns nos outros; assim, através da previsão de prazos relativamente curtos para a impugnação da deliberação (cfr. art. 59.º, n.º 2), o vício é sanado pelo decurso do tempo, garantindo-se a subsistência dos atos subsequentes²⁰⁰.

Aqui, há que “apreciar o problema em dois aspectos distintos, em primeiro lugar, o da natureza, cogente ou dispositiva, do preceito violado; em segundo lugar, o da aptidão do vício para lesar, em concreto, os interesses tutelados pela norma”²⁰¹. Com efeito, ficou assente que, para a AG extraordinária de primeira data/convocação, é de rejeitar a redução do quociente constitutivo legal (cfr. arts. 265.º e 383.º, n.º 2), pelo que o incumprimento destes quantitativos mínimos ofende preceitos legais imperativos²⁰². Também, na medida em que, para a deliberação que viole normas imperativas²⁰³, a Lei tanto impõe, em geral, a nulidade como a anulabilidade (arts. 56.º, n.º 1, d) e 58.º, n.º 1, a)), a escolha da sanção a aplicar depende ainda da “espécie do vício”²⁰⁴. Então, há que determinar se é o próprio conteúdo da deliberação que está viciado ou se, pelo contrário, a inobservância das regras legais se verifica quanto ao procedimento adotado para a emanação da decisão pelos sócios. Esta distinção importa, pois, como se firmou no Acórdão do STJ de 04-05-1999, Proc. 99A333, Relator Torres Paulo, se o vício

[...] ataca o processo de formação de deliberação – caso dos autos – a consequência é a sua anulabilidade. Tudo porque a violação de norma legal, ainda que de carácter imperativo ou estatutário, no que concerne ao processo de formação da deliberação, limita-se a pôr em causa interesses próprios e disponíveis dos respectivos sócios.

¹⁹⁵ Hipótese sufragada por Ascensão, 2002, p. 387.

¹⁹⁶ Afirmando que “as deliberações sociais nulas estão sujeitas ao princípio da tipicidade, encontrando-se enumeradas no artigo 56.º n.º 1 do CSC”, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 24-10-2019, Processo n.º 243/18.0T8VNF.G1, Relator António Sobrinho.

¹⁹⁷ *Vide*, entre outros, Cordeiro, 2009, p. 178.

¹⁹⁸ Do facto de a lei tratar do regime da invalidade, retira-se argumento favorável à qualificação da deliberação como negócio jurídico; cfr. Maia, 2007, p. 231, n. 7; *vide*, supra, n. 19.

¹⁹⁹ Correia, 1989, p. 267; Xavier, 1976, p. 211.

²⁰⁰ Cunha, 2006, pp. 535-537.

²⁰¹ Maia, 2000, p. 700.

²⁰² Quanto à imperatividade do preceito relativamente à redução do quórum, *vide*, supra, I.4.2.

²⁰³ Entendendo que é a estas que o CSC, no art. 56.º, n.º 1, d), se refere quando enuncia os “preceitos legais que não possam ser derogados, nem sequer por vontade unânime dos sócios”, vejam-se Cordeiro, 2007, pp. 650 ss., e Xavier, 1976, pp. 146 ss.

²⁰⁴ Abreu, 2015, p. 458.

Ora, por um lado, uma decisão emanada de uma AG regularmente constituída que derogue a exigência de quórum (quando este surja por imperativo legal) está desconforme com a Lei por versar sobre matéria que não se encontra na disposição dos sócios, pelo que é nula, por aplicação do art. 56.º, n. 1, d), 2.ª parte do CSC.

Por outro lado, quando, na AG extraordinária de primeira data/convocação, sem a observância da imposição legal de quórum, se aprovam deliberações, não se pode afirmar que é o seu conteúdo “que fixa disciplina oposta” à prevista na lei²⁰⁵. Pelo contrário, a ofensa da norma imperativa dá-se por não se terem cumprido os passos a que os sócios estavam obrigados para a formação válida da deliberação, “através de um procedimento deliberativo *contra legem*”²⁰⁶, que não se mostra adequado a lesar os interesses de quem não é sócio naquele momento²⁰⁷. Não pretendemos, com isto, negar que, da AG reunida sem a representatividade exigida, possa resultar a aprovação de uma deliberação cujo conteúdo interfira com interesses de terceiros (como credores ou sócios futuros); no entanto, frisa-se que, no caso em apreço, o que está inquinado pela violação de preceitos imperativos não é o teor da decisão, mas antes o meio seguido para a tomada de tal decisão. Dito de outro modo, entendemos que, por si só, o desrespeito por este pressuposto formal da deliberação apenas põe em causa os interesses dos sócios atuais, na medida em que é a estes que é negado o direito de fazer aprovar (validamente) deliberações conformes com a vontade maioritária.

Pelo exposto, por força do art. 58.º, n.º 1, a)²⁰⁸, a ausência do quórum constitutivo na abertura da reunião para a qual se apresente como imperativo legal acarreta a anulabilidade da deliberação que, eventualmente, venha a ser emitida²⁰⁹. Outrossim, mesmo quando o quórum constitutivo se imponha por disposição estatutária, o vício de procedimento de que a deliberação padece deverá conduzir à anulabilidade desta, em aplicação da norma do art. 58.º, n.º 1, a), *in fine*.

Como deixámos claro, o quórum constitutivo cumpre também a função de atribuir capacidade para deliberar à AG. Por este motivo, a validade da deliberação depende da presença do quórum no momento da votação. Assim, as deliberações de uma AG regularmente constituída são igualmente anuláveis²¹⁰, nos termos expendidos, sempre que, no momento da votação, não esteja cumprido o quórum constitutivo imposto por Lei ou pelos estatutos sociais.

Como se fez alusão, o incumprimento do procedimento imposto para que a AG profira uma decisão não contende com interesses de terceiros, mas com os dos sócios

²⁰⁵ Não se rejeita que da deliberação aprovada por sócios em número insuficiente possam resultar alterações à disciplina que rege a sociedade; nessa hipótese, estaremos já perante uma deliberação que enferma de um vício de conteúdo, suscetível de influir no estatuto de terceiros (em que se incluem os sócios futuros). Porém, no texto, abordamos somente as consequências do incumprimento dos requisitos procedimentais da AG.

²⁰⁶ Xavier, 1976, p. 226.

²⁰⁷ À exceção daqueles referidos expressamente no art. 56.º, n.º 1, a) e b).

²⁰⁸ “a cláusula geral da invalidade das deliberações”; cfr. Cordeiro, 2007, p. 733.

²⁰⁹ Neste sentido, Abreu, 2015, pp. 489 e 490; Xavier, 1976, pp. 185, 210 (n. 94) e 223; Antunes, 2015, p. 309; Correia, 1989, p. 310. Já Cordeiro, 2012, anotação ao art. 383.º, pp. 1030 e 1031, fala em “deliberações aparentes”.

²¹⁰ Em sentido divergente, reputando de correta a tese da nulidade das deliberações assim adotadas, Triunfante, 2005, pp. 109 ss.

atuais. Assim, deixando ao arbítrio dos sócios atuais a impugnação da deliberação^{211 212}, o regime da anulabilidade permite que, pelo decurso do tempo, se dê a convalidação do ato viciado. Além disso, a deliberação inquinada pode ser renovada pelos sócios, mediante a aprovação válida de uma nova deliberação; esta, já sem o vício de procedimento²¹³, substitui a anterior e “renova a medida aprovada naquele primeiro acto”²¹⁴ (cfr. art. 62.º, n.º 2).

Conclusão

Não sendo a regra no ordenamento jussocietário nacional, a exigência de quórum constitutivo não deixa de se fazer, na SA e na SQ, quando a AG delibere sobre assuntos passíveis de modificar a sociedade e as normas que a regem. Para outras AG, podem os sócios decidir-se pela criação, por via estatutária, da obrigatoriedade do respeito pelo quórum constitutivo. No entanto, esta faculdade não é concedida quando a imposição do quociente possa obstar à continuação da atividade social. Nestes casos, não se pode prescindir do valor da facilidade deliberativa, que se deve favorecer sobre o da representatividade.

O reconhecimento de que o direito de voto restringe a relevância das partes do capital social na formação do quórum sentencia que este quociente “visa assegurar a intervenção efetiva”²¹⁵ dos sócios na tomada de decisão. Em sentido complementar, se com a fixação de quórum se pretende conferir a deliberação de legitimidade, por ser representativa de parte expressiva do capital, o quociente só está cumprido quando se verifica no momento da votação. Por conseguinte, a saída de sócios no decurso da reunião retira à AG a possibilidade de emitir deliberações sobre assuntos que requeiram alguma representação do capital. Isto permite-nos concluir pela influência do quórum na capacidade para deliberar da AG. Em simultâneo, o quórum constitutivo é um requisito a que se subordina “a válida constituição da AG”²¹⁶, pelo que deve ser cumprido também no início da reunião. Na ausência de quórum, a reunião não se pode sequer constituir, para evitar que em segunda convocação/data os sócios decidam sem ter discutido as propostas.

Um olhar atento permite-nos discernir que a imposição de quórum pretende assegurar que a deliberação é tomada em termos ótimos. Nesta senda, a outorga de função estrutural ao quórum acaba por ser instrumental da função de atribuição de capacidade para deliberar. No fundo, a AG não se pode constituir sem a presença do capital requerido somente porque dessa forma não terá capacidade para deliberar. Apesar disto, a função estrutural do quórum não tem importância despicienda; ela é pressuposto lógico da aquisição de capacidade para deliberar, na medida em que esta não se pode manifestar sem que a AG se tenha constituído.

²¹¹ Ascensão, 2002, p. 378.

²¹² Cfr. art. 59.º, n.º 1, para os legitimados a arguir a anulabilidade.

²¹³ Defendendo que só as deliberações que padeçam de vício de procedimento podem ser renovadas, Frada, 1985, pp. 301 e 302; Xavier, 1976, pp. 447 e 448.

²¹⁴ Xavier, 1976, p. 447.

²¹⁵ “e não meramente remota ou potencial”; cfr. Coelho, 2011, p. 17.

²¹⁶ Triunfante, 2005, p. 78.

Para concluir, o quórum constitutivo é um requisito que influencia a capacidade para deliberar da AG, desde o momento da organização da lista de presenças até ao da emissão da deliberação. Se, no percurso entre um e outro, os sócios exercerem o direito de se ausentar e se passar a ter uma reunião deserta, o incumprimento do quórum constitutivo é responsável pela incapacidade da AG de emitir deliberações válidas.

Bibliografia

- ABREU, J.M.C. (2008). Abuso de minoria. In *Problemas do Direito das Sociedades*, pp. 65-70. Coimbra: Almedina.
- ABREU, J.M.C. (2013). Quórum. In Abreu, J.M.C. (coord.). *Código das sociedades comerciais em comentário, Volume VI*, pp. 119-123. Coimbra: Almedina.
- ABREU, J.M.C. (2015). *Curso de direito comercial, Vol. II – Das sociedades*, 5.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- ASCENSÃO, J.O. (2002). Invalidades das deliberações dos sócios. *Problemas do direito das sociedades*, pp. 371-398. Coimbra: Almedina.
- ANDRADE, M.A.D. (1960). *Teoria geral da relação jurídica, Vol. I – Sujeitos e objecto*. Coimbra: Almedina.
- ANDRADE, M.A.D. & CORREIA, A.A.F. (1948). Suspensão e anulação de deliberações sociais: jurisprudência crítica. *Revista de Direito e Estudos Sociais (RDES)*, n.^{os} 5-6, pp. 329-393.
- ANTUNES, J.E. (2002). *Os grupos de sociedades – Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2.^a Edição revista e atualizada. Coimbra: Almedina.
- ANTUNES, J.E. (2015). *Direito das sociedades*, 5.^a Edição revista e atualizada. Porto: Edição de Autor.
- ANTUNES, J.E. (2017). *Os instrumentos financeiros*, 3.^a Edição revista e atualizada. Coimbra: Almedina.
- BAPTISTA, D.F. (2007). Direito de exoneração dos accionistas no CSC. In ROCHA, M.V. (coord.). *Manual das sociedades anónimas: Publicação prática e actual para administradores, membros do órgão de fiscalização, direcção e conselho geral*, unidade 6, capítulo 3 subcapítulo 5. Lisboa: Verlag Dashöfer.
- BAPTISTA, D.F. (2016). Ações preferenciais sem voto (em particular as detidas por investidores qualificados). In *IV Congresso de Direito das Sociedades em revista*, pp. 411-440. Coimbra: Almedina.
- CANOTILHO, J. J.G. (2011). *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7.^a Edição, 9.^a reimpressão. Coimbra: Almedina.
- CASTRO, C.O. (2002). Ações preferenciais sem voto. In *Problemas do Direito das Sociedades*, pp. 281-331. Coimbra: Almedina.
- COELHO, E.M.L. (1994). *A formação das deliberações sociais – Assembleia geral das sociedades anónimas*. Coimbra: Coimbra Editora.
- COELHO, E.M.L. (2008). Formas de deliberação e de votação dos sócios. In *Problemas do Direito das Sociedades*, pp. 333-370. Coimbra: Almedina.
- COELHO, E.M.L. (2011). O quórum constitutivo das assembleias gerais – A pretexto do lançamento do 2.^o Volume do “Código das Sociedades Comerciais em Comentário”. *Direito das Sociedades em Revista*, vol. 6, pp. 11-24. Coimbra: Almedina.
- CORDEIRO, A.M. (2007). *Manual de direito das sociedades, Vol. I – Das sociedades em geral*, 2.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- CORDEIRO, A.M. (2009). *SA: Assembleia geral e deliberações sociais*, reimpressão da Edição de dezembro 2006. Coimbra: Almedina.
- CORDEIRO, A.M. (2012). *Código das sociedades comerciais anotado*, 2.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- CORREIA, L. B. (1989). *Direito comercial, Vol. III – Deliberações dos sócios*. Lisboa: AAFDL.

CORREIA, M.J.A.P. (2018). *Direito comercial – Direito da empresa*, 14.^a Edição revista e atualizada. Lisboa: Ediforum.

CORREIA, A.A.F. & XAVIER, V.G.L. (1968). A exigência estatutária de quórum nas assembleias gerais de segunda convocação e o art. 184.º do Código Comercial. Separata da *Revista de Direito das Empresas e do Trabalho (RDES)*, XIV.

COSTA, J.A. & MELO, A.S. (1994). *Dicionários Editora – Dicionário da língua portuguesa*, 7.^a Edição revista e ampliada. Porto: Porto Editora.

CUNHA, P.O. (1988). Breve nota sobre os direitos dos sócios (das sociedades de responsabilidade limitada) no âmbito do Código das Sociedades Comerciais. In AAVV, *Novas perspectivas do direito comercial*, pp. 231-246. Coimbra: Almedina.

CUNHA, P.O. (1993). *Os direitos especiais nas sociedades anónimas: As ações privilegiadas*. Coimbra: Almedina.

CUNHA, P.O. (2006). *Direito das sociedades comerciais*, 2.^a Edição. Coimbra: Almedina.

DOMINGUES, P.T. (1998). *Do capital social, noção, princípios e funções*, 1.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

DOMINGUES, P.T. (2007). Os meios telemáticos no funcionamento dos órgãos sociais: uma primeira aproximação ao regime do CSC. In *Reformas do Código das Sociedades*, pp. 89-118. Coimbra: Almedina.

ESTACA, J.N.M. (2003). *O interesse da sociedade nas deliberações sociais*. Coimbra: Almedina.

FIGUEIREDO, J.N. & ALMENDRA, M.A. (1984). *Compêndio de gramática latina*, reimpressão da 3.^a Edição. Porto: Porto Editora.

FRADA, M.A.C. (1985). Renovação de deliberações sociais: o artigo 62.º do Código das Sociedades Comerciais. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 61, pp. 285-338.

FURTADO, J.H.C.P. (2005). *Deliberações de sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina.

GARCIA, A.T. (1995). *OPA – Da Oferta Pública de Aquisição e seu regime jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora.

GARCIA, A.T. (2015). Abstenção e formação de maiorias deliberativas nas sociedades por quotas: o regime macaense. *Revista Eletrónica de Direito*. Retirado de cije.up.pt/content/abstenção-e-formação-de-maioria-deliberativa-nas-sociedades-por-quotas-o-regime-macaense.

HÖRSTER, H.E. (2009). *A parte geral do Código Civil Português – Teoria geral do direito civil português*, 5.^a reimpressão da Edição de 1992. Coimbra: Almedina.

LABAREDA, J. (2008). Direito à informação, In *Problemas do direito das sociedades*, pp. 119-151. Coimbra: Almedina.

MACHADO, J.B. (2010). *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 18.^a reimpressão. Coimbra: Almedina.

MAGALHÃES, B. (1948). Direitos individuais dos sócios – Proibição aos sócios de votarem sobre assuntos que lhes digam directamente respeito, suspensão de deliberações sociais. *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, pp. 36-92.

MAIA, P. (2000). Invalidez de deliberação social por vício de procedimento. *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, pp. 699-748.

MAIA, P. (2002). *Função e funcionamento do conselho de administração de sociedade anónima*. Coimbra: Coimbra Editora.

- MAIA, P. (2007). Deliberações dos sócios. In ABREU, J.M.C. (coord.). *Estudos de direito das sociedades*, 8.^a Edição. Coimbra: Almedina, pp. 229-269.
- MAIA, P. (2007a). Tipos de sociedades comerciais. In ABREU, J.M.C. (coord.). *Estudos de direito das sociedades*, 8.^a Edição. Coimbra: Almedina, pp. 7-38.
- MAIA, P. (2008). O Presidente das assembleias de sócios. In *Problemas do Direito das Sociedades*, pp. 422-468. Coimbra: Almedina.
- MARQUES, J.D. (1953). Modificação dos pactos sociais. *Revista da Ordem dos Advogados (ROA)*, pp. 170-189.
- MARTINS, A.S. (2007). Da personalidade e capacidade jurídicas das sociedades. In ABREU, J.M.C. (coord.). *Estudos de Direito das Sociedades*, 8.^a Edição. Coimbra: Almedina, pp. 95-126.
- MARTINS, A.S. & RAMOS, M.E. (2015). As participações sociais. In ABREU, J.M.C. (coord.). *Estudos de direito das sociedades*, 12.^a Edição. Coimbra: Almedina, pp. 113-150.
- PERES, J.J.V. (1988). Ações preferenciais sem voto. *Revista de Direito e Estudos Sociais (RDES)*, pp. 329-399.
- RAMOS, M.E. (2007). Constituição das sociedades comerciais. In ABREU, J.M.C. (coord.). *Estudos de direito das sociedades*, 8.^a edição. Coimbra: Almedina, pp. 39-93.
- REGO, M.L. (2012). O contrato de sociedade como documento. In *II Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, pp. 481-506. Coimbra: Almedina.
- RIBEIRO, M.F. (2012). *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”*. Coimbra: Almedina.
- TRIUNFANTE, A.M. (2004). *A tutela das minorias nas sociedades anónimas – Direitos de minoria qualificada, abuso de direito*. Coimbra: Coimbra Editora.
- TRIUNFANTE, A.M. (2004a). *A tutela das minorias nas sociedades anónimas – Direitos individuais*. Coimbra: Coimbra Editora.
- TRIUNFANTE, A.M. (2005). *A tutela das minorias nas sociedades anónimas – Quórum de constituição e maiorias deliberativas (e autonomia estatutária)*. Coimbra: Coimbra Editora.
- TRIUNFANTE, A.M. (2014). *O regime das entradas na constituição das sociedades por quotas e anónimas*. Coimbra: Coimbra Editora.
- VASCONCELOS, P.P. (2011). Vinculação dos sócios às deliberações da assembleia geral. In *I Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, pp. 190-209. Coimbra: Almedina.
- VENTURA, R. (1986). *Alterações do contrato de sociedade – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*. Coimbra: Almedina.
- VENTURA, R. (1987). *Dissolução e liquidação de sociedades – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, 2.^a reimpressão da 1.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- VENTURA, R. (1996). *Sociedades por quotas, Vol. II – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*. Coimbra: Almedina.
- XAVIER, V.G.L. (1976). *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*. Coimbra: Atlântida Editora.

Jurisprudência

- Acórdão de 23-01-2001, do STJ, Processo n.º 00A3654, Relator: Ribeiro Coelho.
- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 24-10-2019, Processo n.º 243/18.0T8VNF. G1, Relator: António Sobrinho.
- Acórdão do STJ de 04-05-1999, Proc. 99A333, Relator: Torres Paulo.

**A questão da identificação dos grupos
no crime de genocídio**

Joana Nina Fernandes de Pinho Valente

Sob a orientação do
Dr. Nuno Pinheiro Torres

Resumo

A presente dissertação tem como objetivo explorar as dificuldades na definição e, sobretudo, identificação dos grupos protegidos no âmbito do crime de genocídio, tendo como base a Convenção sobre o Genocídio e seus trabalhos preparatórios, a jurisprudência e a doutrina existentes sobre o assunto. Pretendemos ainda perceber se a enumeração dos grupos protegidos se mantém atual.

Para tal, definimos brevemente os grupos enumerados e, a partir do material existente, apresentamos algumas questões pertinentes: a abordagem subjetiva e objetiva, os grupos excluídos, a abordagem positiva e negativa e as soluções sugeridas, refletindo criticamente sobre todas elas.

Concluimos que os grupos enumerados se revelam adequados, tendo em conta a especificidade do crime em causa.

Palavras-chave: Genocídio; grupo nacional; grupo étnico; grupo rácico; grupo religioso.

Abstract

The aim of this dissertation is to explore the difficulties regarding the identification and definition of the protected groups in what concerns the crime of genocide based on the Genocide Convention, jurisprudence and literature available on the subject, questioning whether the protected groups continue to make sense in the present time.

We proceed to briefly define these groups and, using the existing material, critically analyse several issues related therewith: subjective approach vs. objective approach, excluded groups, negative vs. positive approach, and suggested solutions, concluding that the present groups continue to be appropriate, given the specificity of this crime.

Keywords: Genocide; national group; ethnic group; racial group; religious group.

Abreviaturas

DR	Diário da República
EUA	Estados Unidos da América
ONU ou UN	Organização das Nações Unidas
PI	Primeira Instância
TIJ	Tribunal Internacional de Justiça
TPI	Tribunal Penal Internacional
TPIEJ	Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia
TPIR	Tribunal Penal Internacional para o Ruanda

Nota prévia

Nas notas de rodapé, a primeira citação de todas as obras ou artigos é composta pela indicação bibliográfica completa. Nas subseqüentes, refere-se apenas o apelido e iniciais do autor e o ano da publicação.

Todas as citações presentes ao longo da dissertação são originalmente em inglês, sendo a tradução da nossa inteira responsabilidade.

Índice

Introdução	6
1. Breve definição de genocídio	6
2. Os grupos protegidos	8
2.1. Grupo nacional	9
2.2. Grupos rracicos	10
2.3. Grupos étnicos	11
2.4. Grupos religiosos	12
3. A questão da identificação dos grupos	13
3.1. Abordagem subjetiva e objetiva	14
3.2. Abordagem positiva e negativa	21
3.3. Grupos excluídos da Convenção	23
3.4. A hipótese dos grupos estáveis e permanentes	28
3.5. As limitações da Convenção: possíveis soluções e consequências	30
Conclusão	33
Bibliografia	36

Introdução

O genocídio é considerado, por muitos autores, “o crime dos crimes”, devido à sua gravidade especial. Ao longo da dissertação, estudaremos o que motiva esta qualificação, a partir da análise daquilo que confere a este crime o seu carácter especial: um grupo “enquanto tal” como vítima.

É inegável que a destruição de um grupo tem consequências trágicas para a humanidade, uma vez que a priva de histórias e culturas enriquecedoras e subtrai ao ser humano uma necessidade essencial: o seu ser em comunidade com pessoas com as quais se identifica.

Contudo, e tendo em conta que o crime de genocídio foi definido no período que se seguiu ao Holocausto, importa compreender se os termos utilizados na enumeração dos grupos se mantêm atuais e como devem ser aplicados hoje em dia. Naturalmente, os conceitos usados na década de 40 do século passado não possuem o mesmo significado no momento presente, resultando este facto da evolução constante da realidade social. Ainda assim, a definição adotada em 1948, na Convenção sobre o Genocídio, foi mantida *ipsis verbis* em 1998 aquando da negociação do ETPI, demonstrando, após meio século, ainda ser adequada. E em 2018, será que faz sentido manter a enumeração de grupos protegidos tal como esta se encontra?

De todas as questões que poderíamos analisar dentro deste tema, optámos pela definição dos grupos, os critérios usados para a identificação dos mesmos e o aprofundamento das razões pelas quais apenas quatro categorias de grupo são protegidas contra o crime de genocídio. Acreditamos que esta questão continua a ter relevância no presente, sendo um tema extremamente debatido pela doutrina.

Esperamos, assim, dar o nosso contributo para a reflexão sobre tal com este trabalho, que visa perceber quais são exatamente os grupos protegidos, qual a sua definição, as razões de apenas estes serem protegidos e se faria sentido um alargamento da definição.

1. Breve definição de genocídio

O crime de genocídio encontra-se definido na Convenção sobre o Genocídio de 1948, definição posteriormente incorporada no Estatuto de Roma em 1998, que concede jurisdição ao TPI para julgar os indivíduos responsáveis, entre outros crimes, pelo crime de genocídio. Assim, genocídio é definido como:

“Qualquer um dos actos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, rácico ou religioso, enquanto tal:

- a) Homicídio de membros do grupo;
- b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida pensadas para provocar a sua destruição física, total ou parcial;
- d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;

e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.”¹

O crime de genocídio pressupõe um elemento físico (*actus reus*) postulado nas alíneas do artigo anteriormente transcrito e um elemento mental (*mens rea*), igualmente presente no texto do artigo, que consiste na “intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal”.

A definição de genocídio exige, então, o preenchimento de quatro elementos cumulativos²:

1. O ato de genocídio é cometido contra um dos tipos de grupos enumerados (isto significa que uma perseguição em larga escala que não seja cometida contra um grupo inserido nestas categorias não pode ser considerada genocídio);
2. O perpetrador de um crime de genocídio possui uma intenção especial: a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo enquanto tal;
3. Uma extensão do dano adequada ao uso do termo “genocídio”;
4. A comissão de um dos cinco atos enumerados nas alíneas do artigo que define o genocídio.

Verificamos, assim, que o genocídio implica a existência de um grupo que se pretende destruir: um grupo vítima. De facto, no caso Akayesu, o Juízo do TPIR defendeu que o fundamento do crime em causa seria a proteção de certos grupos de extermínio ou tentativa do mesmo³. Desta forma, genocídio distingue-se de homicídio por não visar o indivíduo, mas sim um grupo “enquanto tal”. Poderá ocorrer homicídio de indivíduos, mas sempre com o objetivo de destruir o grupo a que estes pertencem; ou seja, os indivíduos não são mortos pela sua individualidade, mas sim pela sua pertença a um grupo, devido ao seu estatuto como membros de um determinado grupo⁴. Daí a importância da definição de grupo no crime de genocídio: se não existe um objetivo de destruição de um grupo, não pode existir genocídio.

De facto, os atos proibidos na Convenção mostram que o direito do grupo à existência pertence à essência do crime de genocídio. Os atos enumerados nas alíneas do artigo que define o genocídio são, por si só, puníveis na maioria dos sistemas legais⁵, o que demonstra que o crime de genocídio não se distingue através destes, visto já se encontrarem previstos como crimes. É a intenção de destruir no todo ou em parte um grupo protegido que transforma um homicídio ou uma violação num ato genocida⁶. Isto

¹ Estatuto do TPI artigo 6.º, DR de 18 de janeiro de 2002.

² Tefferi, 2017, p. 35.

³ Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), 1.ª Instância, 2 setembro 1998, § 469.

⁴ “É a pertença do indivíduo a um grupo, e não a identidade do indivíduo, que constitui o critério decisivo para determinar as vítimas imediatas do crime de genocídio. O grupo em si é o alvo final/a vítima pretendida deste tipo de conduta criminal massiva. As ações tidas contra os membros individuais do grupo são os meios usados para atingir o objetivo final, ou seja, o grupo” – *Draft Code dos crimes contra a paz e a segurança da humanidade CDI, Yearbook of the International Law Commission 1996, II(II), p. 51.*

⁵ Excetuando a proibição de imposição de medidas que visam evitar nascimentos, o que não é necessariamente crime em si.

⁶ Alonzo-Maizlish, p. 1381.

significa que a diferença entre um homicídio, mesmo que discriminatório, e um homicídio genocida depende da intenção que subjaz ao ato; ou seja, “a condição *sine qua non* do genocídio é a intenção de destruir o grupo e não o ato de homicídio em si”⁷.

Como afirmado por Berel Lang, “a crueldade inerente ao crime de genocídio envolve dois tipos de mortes: a morte dos indivíduos, mas como meio para uma segunda morte – a do grupo ao qual os indivíduos pertencem”⁸.

Ao longo da história da humanidade, os grupos contribuíram – e continuam a contribuir – de forma essencial para o desenvolvimento cultural da mesma. Devido à importância do papel dos grupos para o mundo e a cultura tal como os conhecemos, a destruição de um grupo acarreta consequências incalculáveis para a humanidade, constituindo um crime internacional. Como observa Larry May, “destruir um grupo deve ser diferente de matar os membros de um grupo [...] esta diferença deve ser significativa se se determina o genocídio como o crime dos crimes”⁹.

Um grupo é uma entidade que não se limita ao conjunto dos indivíduos que o formam. Apesar de não podermos considerar um grupo um ser vivo, a realidade é que os grupos possuem as suas próprias características, constituindo um agregado diferente da simples soma das partes, com cultura e história próprias e aparecendo como “pessoas coletivas capazes de certas ações e conquistas de que os indivíduos por eles ou reunidos aleatoriamente não seriam capazes”¹⁰.

Como já foi enfatizado, no crime de genocídio a vítima é o grupo. Assim, os indivíduos que são mortos no decorrer de um genocídio, são-no devido à sua identidade enquanto membros do grupo, e não devido à sua identidade individual. Esta percepção do indivíduo apenas como membro de um grupo não respeita a autonomia e livre-arbítrio de cada um (quando se trata de características involuntárias), não respeita o valor da vida humana em si, nem o valor do grupo.

A gravidade especial do crime de genocídio decorre dos dois pontos anteriormente descritos: a perda de um grupo essencial para a construção e evolução do ser humano e da humanidade e a desumanização do primeiro, o qual deixa de ser visto como ser humano, com pensamentos e sentimentos próprios, para passar a ser visto apenas como membro de um grupo que deve ser eliminado. O ser humano, fim em si mesmo, é visto como um meio para atingir um fim.

2. Os grupos protegidos

A Convenção não define os grupos protegidos, nem existe um entendimento universal sobre tal. Por este motivo, analisaremos o que já foi concluído sobre cada uma das quatro categorias de grupos protegidos, tanto a nível jurisprudencial como da literatura.

Importa, desde já, notar que William Schabas afirma que os quatro grupos se relacionam entre si e que a procura de definições autónomas não é prática, por resultar num estreitamento do âmbito da lista dos grupos protegidos, como iremos ver. A perspectiva

⁷ *Ibid.*, p. 1383.

⁸ Lang, 2002, p. 9.

⁹ May, 2010, p. 7.

¹⁰ *Ibid.*

deste autor é semelhante à defendida pelo Juízo no caso Krstic, que afirmou que “[o] trabalho preparatório da Convenção mostra que a elaboração de tal lista se realizou mais para descrever um único fenómeno [...] do que para se referir a diferentes protótipos de grupos humanos”¹¹.

No entanto, em sentido contrário, Kress afirma que, apesar de este tipo de abordagem atrair devido ao seu pragmatismo, dificilmente se coaduna com a regra de interpretação internacionalmente reconhecida, segundo a qual cada palavra utilizada em textos legais contém um significado distinto¹².

Tendo em conta a perspetiva diferente que decorre inevitavelmente de vivências e culturas únicas, provavelmente não seria possível definir os grupos de forma unânime na fase de elaboração, pois cada representante e cada Estado teria a sua própria perceção do que significa cada grupo. De facto, qualquer que seja o significado dado a cada um dos termos usados para definir os grupos, ou seja, às palavras “nacional”, “étnico”, “rácico” ou “religioso”, é perfeitamente razoável que outras definições (ou até nenhuma) sejam atribuídas a estes termos conforme o contexto cultural em causa e que possa até ser complicado traduzir estas palavras de uma língua para outra, conforme foi notado por Lawrence Leblanc¹³.

2.1. Grupo nacional

Nos trabalhos preparatórios da Convenção, não se registaram divergências significativas sobre o termo “grupo nacional”. Apenas foram feitas algumas observações. Assim, o representante do Reino Unido questionou a inclusão de grupos nacionais, por as pessoas serem livres de se associarem e de se retirarem destes¹⁴. A Suécia sugeriu acrescentar a palavra “étnico” para clarificar o conceito de nacional. Já o representante do Egito observou que a ideia de grupo nacional era um pouco ambígua, embora de seguida tenha referido que a questão das minorias alemãs na Polónia e as minorias polacas na Alemanha mostravam que a ideia de grupo nacional era perfeitamente clara¹⁵.

Face aos acontecimentos ocorridos no Ruanda, foi constituído um tribunal *ad hoc*, o TPIR, para julgar os perpetradores dos crimes. Neste caso, grupo nacional foi definido como “um conjunto de pessoas que são vistas como partilhando um vínculo jurídico assente numa cidadania comum, conjugada com a reciprocidade de direitos e deveres”¹⁶.

William Schabas defende que a tentativa de impor o uso contemporâneo de um termo com um significado diferente em 1948 resulta num estreitamento do âmbito da Convenção, visto que o termo ‘grupo nacional’ remete para um âmbito mais abrangente

¹¹ Caso Krstic (IT-98-33-T), 1.^a Instância, 2 de agosto de 2001, § 556.

¹² Kress, 2006, p. 475.

¹³ Leblanc, 1988, p. 273.

¹⁴ UN Doc. A/C.6/SR.69 (Shawcross, Reino Unido).

¹⁵ UN Doc. A/C.6/SR.74 (Raafat, Egito).

¹⁶ Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), 1.^a Instância, § 512. Importa ter em conta que esta definição de grupo nacional se baseia na decisão Nottebohm do TIJ, caso no qual a análise levada a cabo foi a correspondência entre uma concessão formal de nacionalidade e a realidade dos vínculos que ligam um indivíduo ao seu Estado de nacionalidade, não fornecendo uma definição apropriada de grupo nacional.

que corresponde ao conceito de minoria ou minoria nacional, sendo suficientemente amplo para abranger também grupos racicos, eticos e religiosos¹⁷.

Em sentido contrario, David Lisson afirma: “[s]e grupo nacional na Convencao sobre o Genocídio significasse apenas uma minoria tica, religiosa ou linguística dentro de um Estado, então tornaria o termo supérfluo. [...] Ainda, os autores tinham conhecimento do termo ‘minoria nacional’ e decidiram deliberadamente não a incluir na Convencao”¹⁸. Para este autor, a questão de um grupo nacional representar uma minoria ou uma maioria no Estado a que pertence  irrelevante, uma vez que “o homicídio em massa de um grupo que se encontra em maioria num Estado, perpetrado por um grupo em minoria, constitui genocídio, desde que os elementos do crime estejam presentes”¹⁹.

De modo semelhante, Kress nota que o conceito geral de grupo protegido não exige que este seja uma minoria de um Estado, nem sequer que os membros do grupo tenham de viver dentro de um território definido, uma vez que os grupos podem estender-se para lá do território de um Estado²⁰.

Quanto a nos, parece-nos plausível que grupo nacional se refira a uma minoria nacional, na medida em que minoria nacional diz respeito ao conjunto de cidadãos de um Estado que partilham um sentimento de pertenca a uma comunidade com características diferentes da nao majoritária desse Estado, fazendo todo o sentido que um grupo em tal condio seja protegido contra o genocídio.

2.2. Grupos racicos

Os autores da Convencao não apresentaram objeces significativas  inclusão de grupos racicos, provavelmente por serem os grupos com características mais evidentemente imutáveis, uma vez que o conceito de raça nos remete para características físicas impossíveis de alterar. O Reino Unido afirmou até que o grupo rácico era o grupo mais evidente em termos de legitimidade da proteo, uma vez que ninguém deveria ser perseguido devido a ter nascido inserido no seio de um grupo, situao sobre a qual o indduo não detm qualquer controlo²¹.

Contudo, atualmente, este conceito revela-se de difícil definio.

De acordo com o TPIR, “a definio convencional de grupo racial assenta em características físicas hereditárias geralmente identificadas com uma região geográfica, independentemente de fatores linguísticos, culturais, nacionais ou religiosos”²².

Como afirma Claus Kress, apesar de não existir uma definio internacionalmente aceite, a visão mais consensual veicula a ideia de que os grupos raciais são constituídos por indduos que partilham algumas características ou traços físicos hereditários. Estes grupos constituem um bom exemplo da vulnerabilidade específica dos membros, uma

¹⁷ Schabas, 2009, 137-138.

¹⁸ Lisson, 2008, p. 1469.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Kress, 2006, p. 475.

²¹ UN Doc. A/C.6/SR.69 (Shawcross, Reino Unido).

²² Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), 1. Instância, § 514.

vez que é impossível abandoná-los, já que a pertença a estes se baseia em características físicas imutáveis e independentes da escolha humana²³.

Atualmente, o conceito de raça é algo difícil de estabelecer, visto que é uma noção subjetiva e discutida em termos científicos, tendo-se tornado por isso pouco usada. A este respeito, importa referir alguns instrumentos que se relacionam com a questão das raças humanas.

Primeiramente, a Declaração da UNESCO sobre raça e preconceito racial, de 1972, declara no seu artigo 1/1 que “todos os seres humanos pertencem à mesma espécie e descendem de uma origem comum”. Assim, reconhece-se que os indivíduos e os grupos podem assumir diferentes estilos de vida, o que não afeta a sua igualdade de direitos nem significa uma menor ou maior capacidade “intelectual, técnica, social, económica, cultural ou política”²⁴. A declaração em causa condena teorias que rotulam grupos étnicos ou raciais como intrinsecamente superiores ou inferiores, declarando tais teorias contrárias “aos princípios morais e éticos da Humanidade” e sem base científica²⁵.

A nível social, contudo, este termo continua a ser significativo. De acordo com a Comissão de Peritos para o Ruanda, “reconhecer que existe discriminação com base na raça ou na etnia não pressupõe necessariamente a existência de raça ou etnia em si como um facto científico objetivo”²⁶. Contudo, os termos “racial”, “raça”, “racismo”, “grupo rácico” continuam a ser muito usados e são, claramente, passíveis de definição. São construções sociais, não expressões científicas, e foi essa a pretensão dos autores da Convenção²⁷.

Assim, como defende William Schabas, embora o termo “grupo racial” possa ser considerado mais antiquado, o conceito persiste em termos populares, nas ciências sociais e no direito internacional. Embora possa parecer arcaico, o significado de grupo racial de 1948, que abrangia grupos nacionais, étnicos e religiosos e ainda grupos definidos pelas suas características físicas hereditárias, deve ser favorecido em detrimento de uma perspetiva mais contemporânea e, simultaneamente, mais restritiva²⁸.

2.3. Grupos étnicos

Nos trabalhos preparatórios da Convenção, o representante da União Soviética afirmou que “um grupo étnico era um subgrupo de um grupo nacional”, sendo uma “coletividade mais pequena do que a nação, mas uma cuja existência poderia, mesmo assim, ser benéfica para a humanidade”²⁹.

No caso Akayesu, foi afirmado que “um grupo étnico é usualmente definido como um grupo cujos membros partilham uma linguagem e cultura comuns”³⁰. Outro Juízo do TPIR declarou que “um grupo étnico é aquele em que os membros partilham uma língua

²³ Kress, 2006, p. 478.

²⁴ Declaração UNESCO artigo 1/4.

²⁵ Declaração UNESCO, artigo 2/1.

²⁶ UN Doc. S/1995/1405, anexo, § 159.

²⁷ Schabas, (2009, p. 129.

²⁸ *Ibid.*, p. 143.

²⁹ UN Doc. A/C.6/SR.74 (Morozov, União Soviética).

³⁰ Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), 1.^a Instância, § 513.

e cultura comuns; ou um grupo que se distingue a si mesmo como tal (autoidentificação); ou um grupo identificado como tal pelos outros, incluindo os perpetradores do crime (identificação pelos outros)”³¹.

Segundo Schabas, a melhor opção será tomar o conceito como largamente sinónimo dos outros elementos da enumeração, abrangendo elementos de grupos nacionais, raciais e religiosos no seu âmbito³².

A definição de grupo étnico não é imediata, uma vez que não é fácil encontrar uma distinção evidente entre este conceito e os conceitos de grupo nacional ou mesmo grupo rácico. De qualquer forma, os grupos étnicos relacionam-se com uma identidade cultural partilhada por um conjunto de indivíduos, sendo o seu contributo para a humanidade inegável. É, sem dúvida, um grupo que faz sentido proteger, devido à sua estabilidade e valor, sendo que pode dar resposta à dificuldade em colocar um grupo perseguido na categoria de grupo nacional ou grupo rácico (por exemplo, no caso das tribos).

2.4. Grupos religiosos

Nos trabalhos preparatórios da Convenção, o representante do Reino Unido demonstrou alguma resistência à inclusão de grupos religiosos, no seguimento da sua preocupação com a inclusão de grupos nacionais, ou seja, devido à liberdade de associação e de pôr fim à mesma que os membros possuem³³.

O representante da URSS propôs uma emenda ao texto do artigo 2 da Convenção, que consistiria essencialmente em colocar entre parênteses a expressão “ou religioso” após a referência a grupos rácicos e nacionais³⁴. A justificação para tal alteração foi dada com base no seu entendimento de que, “em todos os casos conhecidos de genocídio cometido por um motivo religioso, esse motivo sempre esteve relacionado com outros motivos de carácter nacional ou rácico”³⁵. Assim, a alteração sugerida “significaria que a Convenção abrangeria o extermínio, na forma de perseguição religiosa, de um grupo nacional”³⁶. No entanto, o representante do Egito não concordou com este ponto de vista, referindo o caso da noite de São Bartolomeu³⁷, um genocídio religioso, no qual a raça ou a nacionalidade não tiveram qualquer peso. De facto, não é difícil conceber os grupos religiosos como semelhantes, em termos de estabilidade e imutabilidade, aos grupos étnicos e nacionais, principalmente se se analisarem os acontecimentos históricos.

Por outro lado, o representante da Jugoslávia chamou a atenção para os acontecimentos ocorridos no seu país, reiterando a existência de casos de genocídio entre o povo sérvio e o croata por motivos puramente religiosos, ou seja, casos de genocídio por motivos religiosos dentro de uma mesma nação.

³¹ Caso Kayishema *et al.* (ICTR-95-1-T), 1.^a Instância, 21 de maio de 1999, § 98.

³² Schabas, 2009, p. 147.

³³ UN Doc. A/C.6/SR.69 (Shawcross, Reino Unido).

³⁴ UN Doc. A/C.6/223.

³⁵ UN Doc. A/C.6/SR.75 (Morozov, União Soviética), p. 8.

³⁶ UN Doc. A/C.6/SR.75 (Morozov, União Soviética), p. 8.

³⁷ A Noite de São Bartolomeu foi um massacre perpetrado por católicos contra protestantes que ocorreu no final do século XVI, em França.

Quanto à jurisprudência, no caso Kayishema, o TPIR escreveu que “um grupo religioso inclui a denominação ou modo de veneração ou um grupo que partilha crenças comuns”³⁸; e no caso Akayesu definiu-o da seguinte forma: “um grupo religioso é aquele cujos membros partilham a mesma religião, confissão ou modo de culto”³⁹.

Importa, de modo semelhante ao que fizemos com o termo ‘grupo rácico’, referir outros instrumentos que se dedicam a considerações relacionadas com grupos religiosos. Um exemplo é o Comité dos Direitos Humanos, que afirmou que o termo ‘religião’ não deve ser limitado a “religiões tradicionais ou a religiões ou crenças com características institucionais análogas às de religiões tradicionais”⁴⁰.

Note-se ainda a posição de Claus Kress, que defende que o termo ‘religioso’ se refere a um “ponto de referência transcendente sob forma de crença na existência de uma ou mais divindades ou poderes espirituais”⁴¹. O autor acrescenta que é irrelevante se tal crença ou orientação é baseada numa das religiões tradicionais ou numa religião mundial, mas que ainda assim importa distinguir entre um grupo religioso, um grupo ateu e ainda um grupo unido por uma filosofia de vida comum. Embora o Direito Internacional relativo aos direitos humanos tenda a evoluir para um tratamento convergente de todos estes grupos, esta tendência não deve, segundo Kress, ser transposta para a lei referente ao genocídio, uma vez que os autores da Convenção mostraram defender que uma crença religiosa comum é particularmente conducente à formação de grupos estáveis⁴².

Mais uma vez, Schabas defende que estas tentativas de definição são mais estreitas do que o significado comum do termo em 1948 e do que aquilo que era a intenção dos autores⁴³.

A proteção de grupos religiosos é de extrema importância, uma vez que a religião é motivo de perseguição de grupos, como se verifica facilmente através dos acontecimentos passados. Para nós, a religião poderá ser definida como uma crença comum numa entidade ou força superior, independentemente da sua forma ou existência concreta.

3. A questão da identificação dos grupos

Iniciaremos este capítulo com uma síntese do caso ruandês, o qual nos fornece um exemplo significativo da dificuldade em definir os grupos, de acordo com as categorias previstas na Convenção.

Em 1994, no Ruanda, ocorreu um homicídio em massa perpetrado pelos hutus contra os tutsis. Este caso revelou alguns dos problemas na identificação de grupos distintos, uma vez que a população tutsi não possuía uma língua própria nem uma cultura que se distinguisse do resto da população ruandesa⁴⁴. Efetivamente, numa primeira análise, conclui-se que nenhuma definição de grupo satisfaz os contornos deste caso, visto que os três grupos que habitam no território ruandês (hutus, tutsis e twas) partilham a

³⁸ Caso Kayishema *et al.* (ICTR-95-1-T), 1.^a Instância, § 98.

³⁹ Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), 1.^a Instância, § 515.

⁴⁰ UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, § 2.

⁴¹ Kress, 2006, p. 479.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Schabas, 2009, p. 148.

⁴⁴ Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), 1.^a Instância, § 170.

mesma nacionalidade, a mesma cultura, a mesma língua, as mesmas crenças e, obviamente, o território ruandês. Por estes motivos, a questão que se impõe é saber se o grupo vítima deste crime pode ser considerado um grupo protegido pela Convenção⁴⁵.

Historicamente, os hutus e os tutsis apresentam algumas diferenças. Acredita-se que provenham de regiões distintas de África, e as suas atividades económicas também diferem, sendo que os tutsis criavam gado enquanto os hutus cultivavam o solo. Fisicamente, um típico tutsi seria alto e magro, com um nariz fino e pontiagudo, e um típico hutu mais baixo e com um nariz mais achatado. No entanto, estas diferenças só eram visíveis em alguns, uma vez que os casamentos mistos eram bastante comuns⁴⁶.

Devido à enorme dificuldade em distinguir entre estes dois grupos, os colonizadores belgas estabeleceram um sistema de cartões de identidade. Assim, em 1994, todos os cidadãos ruandeses detinham um cartão de identificação que continha um espaço especificamente intitulado “etnia”, que poderia ser preenchido, conforme cada caso particular, com hutu, tutsi ou twa. Isto, juntamente com o facto de a etnia ser passada de pai para filhos (isto é, os filhos herdavam a etnia do pai: sendo o pai tutsi, os seus descendentes serão tutsis, independentemente da etnia da mãe), da prontidão com que as testemunhas respondiam à questão da sua etnia e do facto de as testemunhas, para além de se identificarem a si mesmas como pertencentes a uma determinada etnia, também terem conhecimento da etnia dos seus vizinhos e amigos, levou o Tribunal a concluir que a identificação das pessoas como pertencendo a um dos três grupos anteriormente descritos se encontrava incorporada na cultura ruandesa⁴⁷.

Como já referimos, este caso ilustra as limitações da enumeração de grupos protegidos presente na Convenção, permitindo identificar várias questões que envolvem a consideração dos tutsis como grupo protegido, que iremos desenvolver de seguida: a abordagem subjetiva em contraste com a abordagem objetiva, tal como as diferenças entre a abordagem negativa e a positiva; os grupos excluídos da Convenção; a hipótese dos grupos estáveis e permanentes; as limitações da Convenção, respetivas consequências e possíveis soluções.

3.1. Abordagem subjetiva e objetiva

A opção pela abordagem objetiva ou subjetiva reflete a questão da determinação do racional subjacente à identificação de um grupo. Isto é, a existência de um grupo protegido deve ser determinada com base na perceção que o perpetrador possui das vítimas, a perceção que os membros do grupo possuem de si mesmos ou depende também de um reconhecimento exterior (ao perpetrador e à vítima)? Mais do que isso, o grupo tem de ter uma existência objetiva real ou basta uma construção social baseada na subjetividade humana?

⁴⁵ Esta questão foi formulada pelo TPIR da seguinte forma: “A questão que se impõe é se será impossível punir a destruição física de um grupo enquanto tal, de acordo a Convenção, se o grupo em causa, embora estável e com pertença determinada à nascença, não preencha a definição de nenhum dos quatro grupos expressamente protegidos pela Convenção.” – Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), 1.ª Instância, § 516.

⁴⁶ A contextualização histórica presente neste parágrafo baseia-se na investigação levada a cabo por Schabas, 2009, p. 126.

⁴⁷ Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), 1.ª Instância, § 171.

A resposta a esta questão não se encontra nas normas da Convenção, uma vez que estas não referem em que fatores, subjetivos ou objetivos, se deve basear a identificação do grupo. Assim, só a jurisprudência pode clarificar este assunto. Tanto o TPIR como o TPJEJ adicionaram elementos subjetivos para a identificação dos grupos, de forma a ser possível certos grupos serem abrangidos pela definição e, dessa forma, protegidos.

O TPIR, no caso Gacumbitsi, afirmou que a pertença a um grupo é um fator subjetivo, uma vez que “o perpetrador, tal como a vítima, pode acreditar que há um critério objetivo para determinar a pertença a um grupo étnico, com base num mecanismo administrativo para a identificação do grupo étnico de um indivíduo”⁴⁸.

A este respeito, Rebecca Young defende que os critérios objetivos possuem, na sua base, critérios subjetivos, sendo apenas considerados objetivos porque as pessoas acreditam (fator subjetivo) que o são⁴⁹. Assim, no caso do Ruanda em particular, os tutsis eram muitas vezes impossíveis de identificar como tal sem se recorrer aos cartões de identificação, o que é, indubitavelmente, um fator objetivo. Todavia, o processo do tribunal para declarar os tutsis como um grupo protegido, também passou pela consideração do discurso das testemunhas, que se autopercecionavam como membros de um grupo, e pela perspectiva dos perpetradores, que viam as vítimas como um grupo distinto deles próprios. Ambas as considerações partem da subjetividade, uma vez que as percepções que temos de nós próprios e dos outros são sempre subjetivas. Certas percepções subjetivas podem, ao longo do tempo, ficar de tal modo cravadas na consciência da comunidade que se tornam objetivas. Como afirma Young, “quando presente em contextos sociais complexos, uma distinção significativa entre indicadores subjetivos e objetivos começa a perder sentido”⁵⁰. Isto acontece porque numa realidade social dinâmica, com a intervenção de inúmeros fatores, o subjetivo confunde-se com o objetivo e vice-versa. No mundo real, conceitos como a raça e a etnia são construções sociais, dificultando a atribuição de uma definição puramente objetiva.

Neste sentido, Larry May afirma que, “se tanto o grupo perpetrador como o grupo-alvo têm barreiras claramente estabelecidas entre eles, então faz sentido que o que uma vez foi meramente subjetivo passe a ser de carácter objetivo”⁵¹.

Concentrando-nos, inicialmente, na jurisprudência do TPIR, verificamos que em nenhum dos casos se define um grupo com base apenas na percepção dos perpetradores, com exceção do caso Ndindabahizi, no qual a vítima (Nors) possui pai alemão e mãe ruandesa⁵², o que significa que a identidade étnica da vítima tem um carácter ambíguo. Neste tipo de casos, o Juízo nota que as percepções dos perpetradores são de uma importância crucial⁵³, uma vez que, apesar de a vítima não possuir uma etnia só, foi atacada pelo perpetrador porque foi percecionada por este como sendo tutsi (apesar de não existirem provas da etnia da mãe da vítima, nem ter sido possível recorrer ao cartão de identificação de Nors). Assim, esta vítima de genocídio é considerada como tal com

⁴⁸ Caso Gacumbitsi (ICTR-2001-64-T), 1.ª Instância, 17 de junho de 2004, § 254.

⁴⁹ Young, 2010, p. 16.

⁵⁰ *Ibid*, p. 17.

⁵¹ May, 2010, p. 46.

⁵² Caso Ndindabahizi (ICTR-07-71), 1.ª Instância, 15 de julho de 2004, § 467.

⁵³ *Ibid.*, § 468.

base apenas nas percepções dos perpetradores, que o terão visto como tutsi. Este caso, no entanto, não equivale a afirmar a existência do grupo de forma somente subjetiva, visto que se refere apenas a uma vítima⁵⁴.

No caso Kayeshima e Ruzindana, o TPIR determinou que um grupo étnico protegido poderia ser “um grupo que se distinga a si próprio como tal (autoidentificação) ou um grupo identificado como tal pelos outros, incluindo os perpetradores dos crimes (identificação pelos outros)”⁵⁵. Ainda assim, o Juízo teve em conta o sistema de classificação formal, isto é, os cartões de identificação (critério objetivo) e a autoidentificação dos tutsis como tal, ao considerar relevante a resposta sem hesitação dada pelas testemunhas ruandesas quando questionadas acerca da sua identidade étnica (critério subjetivo)⁵⁶.

Já no caso Rutaganda, o Juízo afirmou que, apesar de a pertença a um grupo ser, na sua essência, um conceito subjetivo, uma consideração apenas de fatores subjetivos não permitia determinar um grupo enquanto tal⁵⁷.

No caso Bagilishema, o Juízo apoia a abordagem mista, defendendo que a pertença tem de ser uma característica objetiva da sociedade, mas com uma dimensão subjetiva, na medida em que a percepção do perpetrador relativamente ao grupo pode não corresponder na totalidade às percepções dos membros ou da sociedade em geral. Assim, mesmo que uma vítima não pertença objetivamente a um grupo, se os perpetradores a atacaram com base numa percepção de pertença a um grupo, esta vítima pode ser considerada vítima de um genocídio⁵⁸. Igualmente, no caso Semanza, é afirmado que a determinação da existência de um grupo protegido deve ser feita de forma casuística, atendendo a critérios objetivos e subjetivos⁵⁹.

Importa referir a Comissão de Inquérito estabelecida para avaliar a situação do Darfur⁶⁰, em 2005, que teve de apurar se estaria a ocorrer, ou não, um genocídio, uma vez que esta Comissão também se deparou com obstáculos na identificação de um grupo protegido. Neste caso, as dificuldades advêm do facto de se tratar de tribos, as quais não estão claramente expostas em qualquer das categorias enumeradas pela Convenção, e do facto de as várias tribos que foram alvos de ataque, incluindo homicídio, não parecerem constituir grupos étnicos distintos do grupo étnico a que os perpetradores pertenciam.

A posição adotada pela Comissão pode ser considerada polémica, visto que defende que a identificação dos grupos protegidos evoluiu de tal forma que se começou a basear em *standards* subjetivos: “as identidades coletivas e em particular a etnia são, pela sua natureza, construções sociais, identidades ‘imaginárias’ dependentes de percepções contingentes e variáveis e não factos sociais”⁶¹. A Comissão considera que “o processo de

⁵⁴ Young, 2010, pp. 14-15.

⁵⁵ Caso Kayeshima and Runzindana (ICTR-95-1), 1.ª Instância, 21 de maio de 1999, § 98.

⁵⁶ Young repara que o Juízo menciona a percepção dos perpetradores em relação às vítimas quando se refere ao uso de termos pejorativos, mas esta situação não foi utilizada na determinação do grupo.

⁵⁷ Caso Rutaganda (ICTR-96-3), 1.ª Instância, 6 de dezembro de 1999, § 56-57.

⁵⁸ Caso Bagilishema (ICTR-95-1A-T), 1.ª Instância, 7 de junho de 2001, § 65.

⁵⁹ Caso Semanza (ICTR-97-20-T), 1.ª Instância, 15 de maio de 2003, § 317.

⁶⁰ Relatório da Comissão Internacional de Inquérito sobre o Darfur para o Secretariado Geral da ONU, 25 de janeiro de 2005, Genebra (em seguimento da Resolução do Conselho de Segurança 1564, de 18 de setembro de 2004). Adiante, Comissão Inquérito Darfur.

⁶¹ Comissão Inquérito Darfur, § 499.

formação da percepção e autopercepção de outro grupo como distinto (com fundamentos étnicos, nacionais, religiosos ou rracicos)”⁶² é um fator crucial que não pode ser subestimado. A posição descrita pode ser compreendida de forma bastante elucidativa a partir da leitura do seguinte excerto:

Embora com fundamentos históricos e sociais esta perspectiva possa começar por ser subjetiva, como uma forma de ver os outros como pertencendo a um grupo diferente ou oposto, gradualmente vai-se tornando uma oposição real e factual. Isto leva assim a um contraste objetivo. Assim, o conflito subjetivo torna-se objetivo.⁶³

De facto, as tribos como as Fur, Massalit e Zaghawa que eram alvo de ataques e assassinatos no Darfur, falavam a mesma língua (o árabe) e praticavam a mesma religião (muçulmana) que as tribos que as atacavam. Além disso, devido à existência de casamentos entre as diferentes tribos, a distinção entre as mesmas tinha-se esbatido ainda mais, tanto em termos económicos como sociais. Assim, na opinião da Comissão, as tribos em causa aparentemente não constituíam grupos étnicos distintos dos grupos étnicos a que pertenciam os atacantes⁶⁴.

Quanto aos elementos subjetivos passíveis de constituírem uma fundamentação para a distinção entre grupos, a Comissão refere que a polarização política causada pela oposição entre rebeldes e autoridades centrais se estendeu a questões de identidade das tribos em causa, uma vez que as tribos que apoiavam rebeldes eram cada vez mais identificadas como “africanas” e aquelas que apoiavam o Governo eram designadas como “árabes”. Importa notar que esta distinção não seria feita com base em indicadores físicos, mas sim com base no conhecimento prévio das atitudes de cada pessoa.

Outro acontecimento que contribuiu para esta polarização foi o conflito que ocorreu entre 1987 e 1989 pelo acesso a terras e água entre nómadas de origem árabe e a tribo sedentária Fur⁶⁵. Estes acontecimentos acentuaram a divisão e criaram gradualmente uma polarização consolidada na percepção e autopercepção dos grupos em causa. Assim, alguns membros começaram a perceber-se a si próprios como “africanos” ou “árabes”. Para além destes fatores, há uma linguagem utilizada para designar as diferentes tribos, o que pode mostrar um distanciamento entre elas, incluindo termos que as vítimas usam para se referir ao grupo atacante⁶⁶. Logo, segundo a Comissão, pode concluir-se que “as tribos que foram vítimas dos ataques e dos homicídios constituem, de forma subjetiva, um grupo protegido”⁶⁷. Isto significa que os grupos tribais em causa não são objetivamente um grupo protegido, mas subjetivamente adquirem tal estatuto⁶⁸.

Quanto à jurisprudência dos tribunais *ad hoc*, existem vários casos de extrema relevância para a discussão em causa.

⁶² Comissão Inquérito Darfur, § 500.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Comissão Inquérito Darfur, § 508.

⁶⁵ Comissão Inquérito Darfur, § 510.

⁶⁶ Comissão Inquérito Darfur, § 511.

⁶⁷ Comissão Inquérito Darfur, § 512.

⁶⁸ Comissão Inquérito Darfur, § 508.

Em primeiro lugar, no caso Jelisić, o Juízo defendeu que faria mais sentido considerar o estatuto de um grupo (nacional, étnico ou rácico) através da perceção do perpetrador, considerando provas de alienação das vítimas pelos perpetradores, ou seja, provas subjetivas. Assim, é afirmado neste julgamento:

[T]entar definir um grupo nacional, étnico ou rácico no momento presente, usando critérios científicos e objetivos irrepreensíveis, seria um exercício perigoso cujo resultado não corresponderia necessariamente à perceção das pessoas em causa. Consequentemente, o Juízo decide avaliar a pertença a um grupo nacional, étnico ou rácico usando critérios subjetivos. É a alienação, por parte da comunidade, de um grupo como grupo nacional, étnico ou rácico distinto que permite determinar se uma população perseguida constitui um grupo nacional, étnico ou rácico aos olhos dos alegados perpetradores.⁶⁹

No caso Rutaganda do TPIR, o Juízo refere que na aplicação da Convenção a “pertença a um grupo é, na sua essência, um conceito subjetivo”⁷⁰, uma vez que “a vítima é percecionada pelo perpetrador de genocídio como pertencendo a um grupo marcado para destruição”, e ainda, “em alguns casos, a vítima pode percecionar-se a si própria como pertencendo ao grupo em causa”⁷¹. Contudo, o mesmo Juízo acrescenta que uma definição subjetiva por si só não é suficiente para determinar um grupo protegido, sendo necessário analisar a questão de forma casuística, tendo em conta as provas existentes e o contexto político e cultural⁷².

No caso Krstić, o Juízo do TPIEJ afirmou que as características da identidade cultural, religiosa ou nacional de um grupo devem ser avaliadas, tendo em conta o contexto social e histórico do mesmo. Acrescenta ainda que “o Juízo identifica o grupo relevante usando como critério a estigmatização do grupo pelos perpetradores do crime com base nas suas características nacionais, étnicas, rácicas ou religiosas percecionadas”⁷³. Verificamos que, neste caso, a identificação do grupo foi realizada através do reconhecimento constitucional dos bósnios muçulmanos como uma nação (fator objetivo) e as perceções da liderança bósnia sérvia relativamente à consideração dos bósnios muçulmanos como um grupo (fator subjetivo)⁷⁴.

No entanto, no caso Stakić, o Juízo de Recurso rejeitou o argumento de que existiria um fundamento jurisprudencial em apoio a uma abordagem subjetiva, referindo-se aos casos anteriormente expostos. Assim, este Juízo afirmou que nem o caso Krstić, nem o caso Rutaganda constituiriam uma base para afirmar que os grupos vítimas poderiam ser definidos de forma puramente subjetiva, ou seja, apenas de acordo com a forma como o perpetrador perceciona as vítimas. De acordo com este Juízo, o caso Krstić apenas permite concluir que a estigmatização pelos perpetradores podia ser usada como um critério

⁶⁹ Caso Jelisić (IT-95-10-T), 1.ª Instância, 14 dezembro 1999, § 70.

⁷⁰ Caso Rutaganda (ICTR-96-3-T), 1.ª Instância, § 56.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Caso Rutaganda (ICTR-96-3-T), 1.ª Instância, § 57-58.

⁷³ Caso Krstić (IT-98-33-T), 1.ª Instância, § 557.

⁷⁴ *Ibid.*, § 559.

para a definição do grupo-alvo, quando usado entre outros critérios, e não que a estigmatização podia por si só ser usada como único critério⁷⁵. Quanto ao caso Rutaganda, o Juízo de Recurso do caso Stakic afirmou que:

[E]mbora o Juízo do caso Rutaganda considere a identidade nacional, rracica, religiosa ou tcnica como conceitos largamente subjetivos, sugerindo que certos atos podem constituir genocdio desde que o perpetrador percecion a vtima como pertencendo a um grupo nacional, ttnico, religioso ou rracico, tambm defendeu que uma definio subjetiva por si s no era suficiente para determinar grupos vtimas, no contexto da Conveno.⁷⁶

Deste modo, depois da leitura dos casos Krstic e Rutaganda feita pelo Juízo de Recurso do caso Stakic, ficamos com a impresso de que apenas o caso Jelisic permite realmente afirmar uma abordagem subjetiva. De facto, quando parecia que tinha surgido uma base para a identificao de grupos atravs da perceo subjetiva dos perpetradores, o Juízo de Recurso no sustentou este desenvolvimento, preferindo enfatizar a necessidade da considerao de elementos objetivos.

Esta abordagem levanta, ento, uma questo inegavelmente interessante: se um grupo no constitui, objetivamente, um grupo protegido, pode, mesmo assim, s-lo sob consideraes subjetivas, na medida em que se percecion a si mesmo como um grupo e aos outros como distintos?

Ora, Larry May defende que h trs condies cumulativas para que um grupo seja identificado como tal⁷⁷:

1. Pessoas individuais;
2. Que se relacionam entre si atravs de uma estrutura organizacional, solidariedade ou interesses comuns;
3. E que so identificveis por meio de caractersticas especficas, tanto pelos membros como por aqueles que os observam.

Destas condies, o autor considera que a mais importante para a determinao da existncia de um grupo a terceira, a qual intitula critrio da "publicidade". Este critrio consiste num certo nvel de reconhecimento externo, podendo ser preenchido pela existncia de traos caracterizadores visveis para pessoas externas ao grupo, uma proclamao pblica do grupo ou um ato oficial que os classifique como tal. Esta condio figura-se como uma spcie de teste da realidade para a identificao de grupos, permitindo apurar se existe um consenso na sociedade no que diz respeito a nomeao de um conjunto de indivduos como um grupo⁷⁸. Para uma melhor compreenso da importncia desta condio, o autor fornece um exemplo elucidativo:

Se um grupo decide oprimir todas as pessoas que usam culos, isto parece uma designao arbitrria de pertena a um grupo de vtimas.

⁷⁵ Caso Stakic (IT-97-24-A), Recurso, 22 de maro de 2006, § 25.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ May, 2010, p. 30.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 47.

Evidentemente, se é do conhecimento comum que os membros de uma dada classe socioeconómica usam óculos como uma forma de se identificarem a si próprios como membros do dito grupo, então as coisas são diferentes.⁷⁹

Segundo o autor, o requisito da publicidade evita a desvalorização dos grupos em si, que pode ser provocada por uma trivialização das condições da identidade⁸⁰ e impede abusos que possam resultar de uma nomeação arbitrária ou meramente privada⁸¹. Assim, para May, as afirmações proferidas pela Comissão sobre o Darfur podem ser interpretadas como uma conclusão de que, se o grupo a ser analisado for um grupo difícil de definir como distinto, este deixa de ser tão difícil de identificar como um grupo protegido caso haja uma autoperceção estável dentro do grupo e uma perceção estável fora do grupo de que os membros tidos em conjunto formam um grupo coerente⁸².

Já William Schabas defende que, apesar de a abordagem subjetiva ser extremamente apelativa, devido à importância da intenção do perpetrador num crime de genocídio, falha ao permitir que o genocídio seja cometido contra um grupo que não tem existência objetiva real⁸³. Todavia, o autor também afirma que “[t]entar encontrar uma base objetiva para crimes racistas sugere que os perpetradores agem racionalmente, e isto é dar-lhes mais crédito do que eles merecem”⁸⁴.

Como observa Young, a Comissão pode, através da abertura da possibilidade de definir grupos com base em critérios apenas subjetivos, não ter aberto uma porta completamente nova, mas sim ter uma maior precisão na rotulagem de fatores. Por outras palavras, os fatores tidos em conta para definir um grupo não seriam novos; pelo contrário, seriam os mesmos que sempre foram tidos em conta, mas os que seriam anteriormente considerados objetivos seriam agora reconhecidos como o que verdadeiramente são: subjetivos⁸⁵. De facto, o Relatório reconhece que a identificação de grupos não pode ser um conceito completamente objetivo, nem completamente subjetivo, devido à impossibilidade de separar totalmente estas duas abordagens, sob pena de tomar decisões irrealistas, descontextualizadas das circunstâncias em que ocorrem os crimes⁸⁶. Assim, quando o Relatório se refere a fatores subjetivos, pode não querer dizer as perceções de cada indivíduo, mas antes perceções coletivas daquilo que é tido como factos sociais. A autora dá o exemplo da divisão entre “árabes” e “africanos” transmitida pela comunicação social, a qual consiste num processo essencialmente subjetivo que se pôde declarar como objetivo⁸⁷.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 49.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ O autor fundamenta a sua posição em Hobbes, que defende que um grupo não pode ser afirmado de modo meramente privado, e em Ockham, que não reconhece uma existência dos grupos independente – May, 2010, pp. 24 a 30.

⁸² *Ibid.*, pp. 46-47.

⁸³ Schabas, 2009, pp. 147-148.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 148.

⁸⁵ A autora repara que os conceitos tido como objetivos no domínio do Direito são considerados subjetivos no domínio da sociologia. Young, 2010, p. 18.

⁸⁶ Comissão Inquérito Darfur, § 500.

⁸⁷ Young, 2010, p. 18.

Importa referir igualmente a posição de Claus Kress, que refere que os atributos de um grupo protegido não podem ser completamente da responsabilidade dos perpetradores, sendo necessário existir uma base mínima de carácter objetivo, uma vez que a adoção de uma abordagem subjetiva iria contra a intenção dos autores da Convenção, ao estender demasiado o âmbito do crime, que se pretende restrito⁸⁸. Relativamente à questão da perceção dos perpetradores, o autor afirma que “deve ser claro que a entidade que dirige o ataque não pode, através da sua perceção, transformar um grupo de seres humanos, por exemplo com a mesma atitude política, num grupo protegido pelas leis do genocídio”⁸⁹. O autor acrescenta que as vítimas de um ataque não são um grupo protegido apenas por se perceberem como tal, sendo necessário ter em conta fatores objetivos⁹⁰.

Concluindo, verifica-se com alguma frequência que aquilo que é tido como objetivo tem como origem uma perceção subjetiva que foi reconhecida em larga escala e refletida em termos legais, políticos ou administrativos. Afinal, o Direito reflete a realidade social. Um grupo definido de forma subjetiva baseia-se na ideia de que a sua existência resulta de interações complexas, incluindo as perspetivas subjetivas da sociedade; logo não se trata necessariamente de um grupo imaginário. Por este motivo, não faz sentido “temer que definições subjetivas venham a diluir ou trivializar o crime de genocídio”⁹¹. Aliás, o que deveria ser temido era o abismo criado entre a realidade social e os conceitos legais, perdendo relevância no mundo real. Assim, a posição de Young é a de que a abordagem preferencial será a assumida pela Comissão Darfur, reconhecendo que aquilo que é objetivo contém uma essência subjetiva intrínseca.

Quanto a nós, tendemos a concordar com uma abordagem mista, em que a determinação do grupo protegido é feita numa avaliação caso a caso, referindo-se tanto a critérios objetivos como subjetivos. Acreditamos que uma interpretação beneficia em ser feita de forma casuística, uma vez que, devido à incapacidade de prever novos casos, asseguramos uma maior eficácia dos termos se lhes conferirmos elasticidade suficiente para se adaptarem à realidade.

3.2. Abordagem positiva e negativa

Há ainda um outro ponto relativo à definição de grupos que importa referir: a abordagem positiva/negativa. Uma abordagem negativa consiste em determinar a existência de um grupo com base naquilo que ele não é, em vez daquilo que ele é. Logicamente, uma abordagem positiva consiste em determinar um grupo protegido com base naquilo que ele é.

No caso Jelisic, o Juízo abordou esta questão, afirmando que um grupo pode ser definido a partir de critérios positivos ou negativos. Assim, estaremos perante uma abordagem positiva quando “os perpetradores distinguem um grupo através de caracterís-

⁸⁸ Kress, 2006, p. 474.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 478.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ Young, 2010, p. 16.

ticas que consideram próprias de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso”⁹². Por outro lado, tratar-se-á de uma abordagem negativa quando os indivíduos são identificados com base na sua não pertença ao grupo do qual os perpetradores se consideram membros. Assim, “todos os indivíduos excluídos constituiriam um grupo distinto”⁹³. Segundo este Juízo, a proteção conferida pela Convenção aos grupos estender-se-ia a grupos definidos por exclusão⁹⁴.

No entanto, esta perspectiva foi rejeitada no caso *Stakic*, tendo o Juízo declarado que, “quando mais do que um grupo é perseguido, não é apropriado definir o grupo em termos gerais, como, por exemplo, ‘não sérvios’”⁹⁵. Em sede de recurso, o TPIEJ aprofundou os motivos pelos quais esta abordagem não era apropriada, afirmando:

[Q]uando uma pessoa persegue indivíduos porque estes não possuem uma característica particular nacional, étnica, racial ou religiosa, a intenção não é destruir grupos com identidades particulares enquanto tal, mas simplesmente destruir indivíduos, porque estes não possuem certas características nacionais, étnicas, raciais ou religiosas.⁹⁶

Segundo o mesmo Juízo, este raciocínio baseia-se na existência da expressão “enquanto tal” no texto do artigo 4 do Estatuto, a qual “mostra que a ofensa requer a intenção de destruir um grupo de pessoas que possuem uma determinada identidade de grupo”⁹⁷.

De igual modo, no caso *Bósnia v. Sérvia*, o TIJ também rejeitou a abordagem negativa, afirmando que a intenção de destruir o grupo nacional, étnico, racial ou religioso enquanto tal é a essência do crime de genocídio. Isto implica que se trate de um grupo que detenha determinadas características positivas e não a falta delas, um conjunto de pessoas que tenha uma identidade de grupo particular. Assim, o que é relevante é o que estas pessoas são e não o que elas não são. O TIJ chega a evocar a etimologia da palavra “genocídio” para justificar a necessidade de uma identidade positiva do grupo, bem como a história da elaboração da Convenção, defendendo que “os autores da Convenção dedicaram especial atenção à identificação positiva dos grupos com características distintas específicas aquando da decisão dos grupos a incluir e quais os grupos a excluir (como os grupos políticos)”⁹⁸. O Juízo acrescenta ainda que a Convenção foi elaborada com o objetivo de proteger a existência de determinados grupos humanos, o que exige uma identificação positiva do grupo. Além disso:

[A] rejeição de propostas de incluir na Convenção grupos políticos e genocídio cultural também demonstra que os autores estavam especialmente concentrados na identificação positiva dos grupos com características

⁹² Caso *Jelisić* (IT-95-10-T), 1.ª Instância, 14 de dezembro de 1999, § 71.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ Caso *Stakic* (IT-97-24-T), 1.ª Instância, 31 julho 2003, § 512.

⁹⁶ Caso *Stakic* (IT-97-24-A), Recurso, § 20. Este assunto é explicado mais elaboradamente nos pontos seguintes (20-28).

⁹⁷ Caso *Stakic* (IT-97-24-A), Recurso, § 20.

⁹⁸ *Bósnia v. Sérvia*, 26 de fevereiro de 2007, TIJ relatórios 2007, § 193-194.

distintas bem estabelecidas [...]. Um grupo definido de modo negativo não pode ser visto desta forma.⁹⁹

A abordagem negativa tem sido rejeitada de forma bastante convincente pelos tribunais e, de facto, este tipo de abordagem não nos parece adequado, tendo em conta a gravidade especial do crime de genocídio e a intenção específica que este exige. Concorramos com David Shea Bettwy, quando refere que “o requisito de simplesmente apresentar características nacionais, étnicas, ráticas ou religiosas fixa um *standard* muito menor para os grupos protegidos do que ser um grupo nacional, étnico, rático ou religioso único, como é requerido pelo artigo 2”¹⁰⁰.

Em suma, a adoção de uma abordagem negativa iria diminuir a exigência dos critérios de definição de um grupo protegido, uma vez que se trata de uma definição demasiado vaga e geral, não correspondendo ao *standard* exigido pela Convenção e pelo Estatuto na definição dos grupos protegidos.

3.3. Grupos excluídos da Convenção

Torna-se agora necessário abordar a questão dos grupos que não foram abrangidos pela Convenção, de entre os quais os mais debatidos têm sido, indubitavelmente, os grupos políticos.

Partindo da Resolução 96 (I) da Assembleia Geral, o esboço da Convenção desenvolvido pelo Secretariado continha uma referência a grupos políticos, o que provocou desacordo entre os três especialistas consultados. Raphael Lemkin afirmou que os grupos políticos não possuíam as características específicas e o carácter permanente dos outros grupos, defendendo que a Convenção não devia arriscar falhar ao introduzir ideias sobre as quais o mundo se encontrava dividido. Lemkin acrescentou também que, na prática, a História mostra que grupos raciais, nacionais e religiosos são as vítimas predominantes do genocídio¹⁰¹. Já Henri Donnedieu de Vabres discordou, defendendo que o “genocídio é um crime abominável, independentemente do grupo vítima”, e que a “exclusão de grupos políticos podia ser vista como uma justificação de genocídio quando se trata de tais grupos”¹⁰². O terceiro especialista, Vespasian V. Pella, não se pronunciou, afirmando que este era um assunto a ser tratado pela Assembleia Geral¹⁰³.

Entre os Estados-Membros envolvidos na elaboração da Convenção, a inclusão de grupos políticos pareceu inicialmente bem aceite. Contudo, durante o Sexto Comité, vários Estados argumentaram que a incorporação de grupos políticos estendia de forma dramática a definição de genocídio e podia impedir a ratificação, enquanto outros contestaram o carácter estável e permanente destes¹⁰⁴. Assim, a inclusão de grupos políticos parece ter sido motivo de desconforto para muitos governos, por criar a possibilidade de

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ Bettwy, 2011, p. 178.

¹⁰¹ UN Doc. E/447, p. 22.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ UN Doc. A/C.6/SR.69 (Amado, Brasil; Raafat, Egito; Mauritua, Peru; Perez-Perozo, Venezuela).

interferência externa em problemas (tidos como) domésticos, bem como dificuldades na ratificação, pondo em risco o futuro da Convenção.

Importa explorar os dois principais argumentos avançados contra a inclusão de grupos políticos. O primeiro relaciona-se com a aparente falta de estabilidade e permanência dos mesmos, levantado principalmente por Estados em desenvolvimento, como Venezuela, Irão, Egito e Uruguai, os quais argumentaram que os grupos políticos se distinguem dos grupos protegidos, porque nestes últimos se verifica que as pessoas nascem já inseridas nos grupos ou pelo menos a pertença a estes não muda ao longo de períodos de tempo relativamente longos. Já os grupos políticos não parecem usufruir deste tipo de estabilidade e permanência. O segundo argumento prendia-se com a preocupação de que incluir grupos políticos prejudicaria o apoio à Convenção por parte de vários Estados, tendo em conta que os governos poderiam ter a necessidade de agir contra elementos dissidentes. Efetivamente, muitos representantes do Sexto Comité, observando que o esboço da Convenção incluía a criação de um tribunal internacional criminal, referiram que a inclusão de grupos políticos poderia tornar os governos relutantes no que toca à ratificação da Convenção¹⁰⁵.

No entanto, também existiram apoiantes da inclusão dos grupos políticos, como o representante francês, que afirmou: “enquanto no passado os crimes de genocídio foram cometidos por motivos religiosos ou racionais, é evidente que no futuro irão ser cometidos principalmente por motivos políticos”¹⁰⁶. Outro forte apoiante da inclusão dos grupos políticos foi o representante dos EUA, baseando a sua argumentação em três pontos essenciais¹⁰⁷:

1. A definição de grupo político não é tão complexa como aparenta, uma vez que muitos Estados os definem nas suas legislações nacionais, por exemplo, quando banem determinado partido; logo não faria sentido afirmar que é impossível definir ‘grupo político’.
2. Em resposta às preocupações de alguns representantes de que incluir grupos políticos iria prejudicar a capacidade de os governos agirem contra os grupos envolvidos em atividades dissidentes, defendeu que grupos de vários tipos, e não apenas grupos políticos, poderiam participar neste tipo de atividades.
3. Por fim, afirmou que não incluir grupos políticos na enumeração de grupos protegidos iria enfraquecer a credibilidade da ONU, uma vez que na Resolução 96(I) a Assembleia Geral declarou que grupos políticos tinham sido vítimas de genocídio.

Este último argumento foi também utilizado pelo representante do Equador, que afirmou que “a opinião pública não iria compreender se a ONU já não condenasse em 1948 o que condenou em 1946”¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Leblanc, 1988, pp. 274-275.

¹⁰⁶ Whitaker, 1985, p. 18, § 36.

¹⁰⁷ Leblanc, 1988, pp. 274-276.

¹⁰⁸ UN Doc. A/C.6/SR.74, p. 101 (Correa, Equador).

Na fase final da elaboração, os Estados acabaram por concordar que a inclusão de grupos políticos poderia tornar impossível a ratificação da Convenção nos seus países, tendo esta referência acabado por ser eliminada. Contudo, o representante dos EUA acrescentou que, “uma vez asseguradas as ratificações, pode ser possível, se tal ocasião surgir, fazer algumas melhorias na Convenção, particularmente a inclusão de grupos políticos”¹⁰⁹, revelando que o seu objetivo de incluir estes grupos na Convenção persistia.

Concluimos, através do trabalho de elaboração da Convenção, que os grupos políticos eram percecionados como sendo de um tipo diferente dos grupos nacionais, étnicos, racionais e religiosos, pois seriam, segundo a maioria dos representantes, significativamente mais instáveis do que os grupos atualmente enumerados e a pertença seria de carácter voluntário. Assim, os membros destes grupos variavam mais facilmente, já que as pessoas mudavam com facilidade as suas filiações políticas; deste modo, não se justificava a inclusão destes grupos, principalmente dada a relutância que tal inclusão causaria relativamente à ratificação da Convenção.

No entanto, encontramos na doutrina grandes opositores desta decisão, como Beth Van Schaack, que não considera aceitável o argumento de que a pertença a um grupo político é voluntária e pode mudar ao longo do tempo com facilidade. Em resposta a isto, a autora afirma que, por exemplo, nos grupos religiosos, “embora um indivíduo não possa alterar a sua herança religiosa, pode certamente decidir se participa em rituais religiosos”¹¹⁰, o que sugere que os grupos religiosos são semelhantes aos políticos em termos do carácter voluntário da pertença.

A autora acrescenta ainda que a natureza inata e involuntária de algo não possui necessariamente uma base biológica, uma vez que:

[A] pertença a grupos políticos pode ser transmitida através de regras de descendência que não envolvem traços físicos, e perpetradores podem ter como alvo os filhos de membros de grupos políticos, os quais são obviamente afiliados de forma involuntária aos grupos em causa.¹¹¹

A autora evoca ainda o artigo 2 da Convenção, uma vez que este proíbe a transferência forçada de crianças, sugerindo que “certas características dos grupos protegidos não são inatas, podendo ser alteradas através da educação”¹¹².

Ainda segundo Beth Van Schaack, é possível que os perpetradores percecionem uma afiliação com um determinado partido ou opinião política como algo que transporta um atributo imutável, de maneira a que tal afiliação possa marcar alguém como dissidente, mesmo após a saída do grupo; foi o que aconteceu no caso do Camboja, em que se defendia que era impossível assimilar os membros do regime anterior na nova ordem política¹¹³.

¹⁰⁹ Schaack, 1996, p. 2267.

¹¹⁰ Schaack, 1996, p. 2286.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*, pp. 2286-2287.

¹¹³ *Ibid.*

Outro opositor à exclusão de grupos políticos, Yishak Tefferi, entende que não existe uma distinção significativa entre o tipo de grupos protegidos pela Convenção e os grupos políticos que justifique a sua exclusão. O autor considera que os grupos políticos e religiosos são até bastante semelhantes, na medida em que ambos possuem um fundamento de crença/convicção em comum que une todos os membros e ambos se caracterizam pela sua aparente volatilidade da pertença. O argumento de que não existem características evidentes que permitam identificar os elementos de um grupo político também não parece muito forte quando comparado com os restantes grupos, uma vez que a identificação dos outros grupos nem sempre é simples e imediata¹¹⁴.

Apesar de alguns autores afirmarem que a não contemplação de grupos políticos na enumeração de grupos protegidos permite àqueles que cometem genocídio escapar a tais acusações, ao afirmarem que os ataques se basearam em motivos políticos, Lawrence LeBlanc observa que os comentadores da Convenção geralmente concordam que qualquer um dos atos estipulados no artigo 2 cometidos com a intenção de destruir no todo ou em parte um dos grupos especificados constitui genocídio. Logo, não interessa se os grupos são vítimas por motivos políticos, económicos ou outros, mas apenas o facto de serem vítimas devido à sua pertença a um grupo protegido. Assim, “apesar das dificuldades em provar a intenção, a Convenção tal como se encontra escrita protege grupos racionais, étnicos, nacionais e religiosos de atos genocidas, mesmo que o perpetrador afirme que os motivos foram políticos”¹¹⁵.

De facto, não nos parece plausível a possibilidade de os perpetradores de um dado genocídio dirigido contra, por exemplo, um grupo religioso possam escapar às acusações deste crime, afirmando que os motivos da perseguição do grupo foram políticos.

Concordamos com William Schabas, quando questiona:

Alguém argumentaria de forma credível que a Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial constitui um tipo de incitamento à discriminação baseada no género, orientação sexual e deficiência por ter uma perspectiva restritiva?¹¹⁶

O autor acrescenta ainda:

[E]xcluir grupos políticos da definição de genocídio não é, de forma alguma, uma licença para os eliminar, especialmente porque durante muitas décadas a destruição de grupos políticos tem sido abrangida pela noção consuetudinária de crimes contra a humanidade.¹¹⁷

Assim, Schabas não demonstra preocupação em relação à ausência de grupos políticos dos grupos enumerados, uma vez que qualquer dita “lacuna” da Convenção será coberta pela lei relativa aos crimes contra a humanidade, a qual não contempla uma lista exaustiva de grupos.

¹¹⁴ Tefferi, 2017, pp. 39-40.

¹¹⁵ Leblanc, 1988, p. 290.

¹¹⁶ Schabas, 2009, p. 164.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 165.

Todavia, Yishak defende que um homicídio em massa com motivações políticas deve ser abrangido pela noção de genocídio, baseando-se em três argumentos¹¹⁸. Primeiro, classificar um crime como “genocídio” confere-lhe uma gravidade especial, suscitando uma atenção e resposta mais eficiente por parte da comunidade internacional. Segundo, o crime de genocídio exige a prevenção e punição por parte dos Estados, cuja inobservância resulta no incumprimento das suas obrigações internacionais. Por último, o carácter específico do crime de genocídio é o facto de este proteger grupos e não um indivíduo *per se*. Logo, classificar um homicídio em massa com motivações políticas como genocídio irá oferecer uma proteção internacional incomparável aos grupos políticos¹¹⁹.

Importa referir o caso dos Khmer Rouge, uma vez que se revela importante para compreender as possíveis falhas da Convenção ao excluir os grupos políticos da proteção que confere aos grupos nacionais, étnicos, religiosos e rracicos.

Entre 1975 e 1978, sob a liderança de Pol Pot, os Khmer Rouge desmantelaram a sociedade do Camboja e instalaram um governo repressivo. As medidas instauradas com o objetivo de criar um “novo Camboja” incluíam:

[A] liquidação do exército Lon Nol e membros do anterior regime; o extermínio dos cidadãos educados e das elites; a evacuação total dos centros urbanos; a incineração de livros, bibliotecas, bancos, locais de veneração e universidades; a criminalização do uso de línguas estrangeiras; a abolição do dinheiro, da propriedade privada, dos mercados e dos salários; a dissolução de famílias e separação de crianças dos seus pais; a execução de minorias étnicas; a proibição de práticas religiosas e educação e a perseguição a oponentes políticos.¹²⁰

Assim, esta transformação requeria a purificação rracica, social, ideológica e política da nação, através da liquidação dos grupos considerados irremediavelmente “contaminados” pela sua associação à antiga ordem social ou incapazes de fazer parte da nova ordem. Isto exigia o extermínio de todos os grupos não Khmer ou a assimilação forçada dos mesmos¹²¹.

Contudo, ao contrário do que intuiríamos, muito do que ocorreu no Camboja sob o regime Khmer Rouge não encaixa na definição de genocídio. Apenas o extermínio das minorias étnicas, tais como os vietnamitas, constitui genocídio de acordo com a Convenção. As outras vítimas, como apoiantes do Lon Nol e alegados dissidentes do Khmer Rouge, constituem grupos políticos não cobertos pela Convenção. Aqui reside a falha da Convenção, segundo Van Schaack: a exclusão dos grupos políticos¹²².

No entanto, muitos autores argumentam que a violência contra grupos políticos pode ser legítima, dependendo das circunstâncias.

¹¹⁸ Tefferi, 2017, pp. 42-44.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 43.

¹²⁰ Schaack, 1996, pp. 2269-2270.

¹²¹ *Ibid.*, pp. 2270-2271.

¹²² *Ibid.*, p. 2271.

Assim, os grupos políticos apresentam problemas que os grupos nacionais, étnicos, religiosos ou rracicos não apresentam, o que nos leva a reconhecer que os autores da Convenção tomaram a decisão certa ao não incluir os grupos políticos na enumeração presente no artigo 2, tendo em conta as consequências que tal inclusão acarretaria para a ratificação da Convenção.

3.4. A hipótese dos grupos estáveis e permanentes

Finalmente, exploraremos a hipótese dos grupos estáveis e permanentes. O Juízo do TPIR afirmou, no caso Akayesu, que era possível concluir, a partir da análise dos trabalhos preparatórios da Convenção sobre o Genocídio, que:

O crime de genocídio foi alegadamente concebido como visando apenas grupos “estáveis”, constituídos de um modo permanente e cuja pertença é determinada pelo nascimento, com a exclusão de grupos mais “móveis”, em que a integração resulta de um ato de vontade individual, como grupos políticos ou económicos. Em consequência, um critério comum aos quatro tipos de grupos protegidos pela Convenção do Genocídio é o de que a pertença a tais grupos normalmente seria indisputável pelos seus membros, que lhe pertencem automaticamente, pelo nascimento, de um modo contínuo e quase sempre irremediável.¹²³

Assim, o Juízo foi para lá da enumeração exaustiva presente no artigo, invocando o objetivo e espírito dos autores da Convenção, para afirmar que estes pretendiam abranger todos os grupos estáveis e permanentes, interpretando a Convenção de forma ampla.

No entanto, William Schabas considera esta abordagem extravagante, dando demasiada importância a comentários isolados de alguns representantes dos Estados¹²⁴.

Já David Lisson afirma que, caso esta abordagem tivesse adquirido carácter definitivo, teria sido uma enorme evolução, uma vez que significaria que o único requisito necessário para um grupo ser protegido pela Convenção seria a sua estabilidade e permanência e que as categorias enumeradas no artigo 2 constituiriam apenas exemplos de grupos que preenchessem tais requisitos¹²⁵.

Numa perspetiva intermédia, Kress concorda com a ideia de que, ao definir os grupos protegidos, os autores da Convenção tiveram como intenção proteger apenas grupos estáveis, nos quais os seres humanos nascem inseridos sem que tenham a possibilidade de os abandonar¹²⁶. Este esforço por parte dos autores parece ter sido motivado pela importância particular que este tipo de grupos teria para a comunidade internacional, tendo em conta, não só as contribuições culturais destes grupos, como a vulnerabilidade dos seus membros e a quase impossibilidade de abandonar o grupo de pertença. Contudo, Kress nota que não é correto concluir destes factos que qualquer grupo que preencha o grau necessário de estabilidade adquire o estatuto de grupo protegido sob a defi-

¹²³ Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), 1.^a Instância, § 511.

¹²⁴ Schabas, 2009, p. 152.

¹²⁵ Lisson, 2008, pp. 1464-1465.

¹²⁶ Kress, 2006, p. 474.

nição de genocídio. Assim, considera que a visão defendida pelo TPIR no caso Akayesu excede os limites da definição e não possui uma base viável nos casos subsequentes¹²⁷.

Em 2005, a hipótese dos grupos estáveis e permanentes voltou a ser defendida pela Comissão de Inquérito do Darfur, que apoiou a posição do TPIR. A Comissão considerou que esta hipótese foi aceite, de forma geral, pelos tribunais e não foi rejeitada por qualquer Estado, o que permitiria concluir que a interpretação ampla relativa aos grupos protegidos contra o crime de genocídio se teria tornado parte do Direito Internacional consuetudinário¹²⁸. Contudo, William Schabas considera tal conclusão extremamente precipitada, uma vez que a teoria não provocou eco significativo na jurisprudência posterior, não sendo por isso expectável que os Estados desafiassem uma posição tão isolada. Assim, o silêncio por parte dos Estados não seria suficiente para identificar uma norma consuetudinária¹²⁹.

No mesmo sentido, Bettwy defende que as conclusões da Comissão do Darfur só seriam corretas se tivessem sido formuladas do seguinte modo: “[e]sta interpretação e expansão tornou-se parte do direito internacional consuetudinário, na medida em que tal aplicação não se desvia da enumeração dos quatro grupos da Convenção sobre o Genocídio”¹³⁰.

Apesar de alguns Estados terem optado por incluir outros grupos na enumeração de grupos protegidos, tal é insuficiente para concluir pela existência de uma norma consuetudinária. De acordo com Bettwy, a atuação dos Estados relativamente à proteção de grupos políticos dificilmente se aproxima do *standard* exigido pelo TIJ para classificar algo como uma norma consuetudinária¹³¹.

A relutância por parte dos Tribunais em expandir os grupos protegidos para lá dos enumerados pode ser justificada de duas maneiras, segundo Lisson¹³². Em primeiro lugar, a afirmação de que o objeto da proteção da Convenção são os grupos estáveis e permanentes revela-se problemática, uma vez que se pode considerar que um grupo religioso envolve um certo grau de escolha por parte dos membros, enquanto alguns grupos excluídos parecem mais imutáveis, como é o caso dos grupos baseados na orientação sexual ou no grau de deficiência, sobre os quais os membros não têm liberdade de escolha. Em segundo lugar, a coerência entre a existência de uma categoria residual e a intenção dos autores, que decidiram incluir uma lista fechada, é questionável.

Na nossa perspetiva, é demasiado ousado afirmar que a proteção conferida pela Convenção se estende a todos os grupos considerados estáveis e permanentes, visto que o artigo 2 da Convenção refere “grupos nacionais, étnicos, religiosos ou rracicos” e não “grupos estáveis e permanentes”, optando por proteger uma parte dos grupos que possam encaixar-se nesta categoria. Esta opção justifica-se pelo carácter especialmente estável e permanente destes quatro tipos de grupos, mas também pelo seu valor incalculável para a humanidade como um todo e para o ser humano como ser social e racional. De

¹²⁷ *Ibid.*, p. 475.

¹²⁸ Comissão Inquérito Darfur, § 501.

¹²⁹ Schabas, 2009, p. 153.

¹³⁰ Bettwy, 2011, p. 183.

¹³¹ *Ibid.*, p. 188.

¹³² Lisson, 2008, p. 1465.

facto, estes grupos tiveram, e continuarão a ter, um papel essencial para a história, a cultura, a evolução e a vida humana, sendo simultaneamente um símbolo e uma consequência da nossa liberdade e racionalidade, justificando a proteção especial conferida a estes grupos.

3.5. As limitações da Convenção: possíveis soluções e consequências

Devido às limitações da Convenção e às críticas por parte da doutrina, alguns autores sugeriram algumas alterações à Convenção. Recorde-se o *chapeau* do artigo que define o crime de genocídio para que seja mais fácil contextualizar as alterações sugeridas: “Qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, rácico ou religioso, enquanto tal”.

Larry May sugere que o artigo se passe a ler da seguinte forma, encontrando-se as alterações sugeridas sublinhadas:

Qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo reconhecido de forma pública que seja relativamente estável e significativo para a identidade dos seus membros, tal como um grupo nacional, étnico, rácico ou religioso, enquanto tal.¹³³

Importa justificar cada uma das alterações:

1. May acrescenta a expressão “tal como” colocada antes de “um grupo nacional”, de forma a permitir que grupos similares aos enumerados também possam ser considerados objeto de genocídio;
2. A expressão “relativamente estável e significativo para a identidade dos seus membros” visa destacar as características que os grupos enumerados possuem em comum, e a inclusão da palavra “relativamente” permite alguma flexibilidade;
3. A expressão “grupo reconhecido de forma pública” determina que o crime de genocídio só pode ser cometido em relação a grupos reconhecidos publicamente, rejeitando a opção de o grupo apenas ser perçecionado como tal pelos perpetradores.

No entanto, a letra da lei mantém-se até aos dias de hoje, não tendo sido adotada uma nova conceção de genocídio, nem uma nova lista de grupos protegidos. De facto, Kress observa que as negociações do estatuto do TPI permitem concluir que a maioria dos Estados considera o artigo 2 da Convenção um documento quase sagrado de Direito Internacional que não deve ser alterado de forma alguma¹³⁴.

Ainda assim, o autor sugere uma possível alteração à lei referente ao genocídio, devido à sua inquietação com um caso, no qual se afirma que a intenção de destruir no todo ou em parte a raça humana não constitui uma expressão de intenção genocida¹³⁵.

¹³³ May, 2010, p. 58.

¹³⁴ Kress, 2006, p. 499.

¹³⁵ Hipperson and others v. DPP (Jefferson, 2009, p. 336).

Apesar de ser evidente que tal seria classificado como crime contra a humanidade, prosseguir com tal acusação tornaria questionável a posição do genocídio como topo da pirâmide no que diz respeito à gravidade de crimes. Para além disso, se o objetivo fundamental da lei contra o genocídio é proteger a humanidade da perda de contribuições culturais resultante da destruição dos grupos protegidos, será possível este ser cumprido totalmente através da enumeração presente? Assim, o autor considera que este problema advém das palavras ‘enquanto tal’, sugerindo a eliminação desta expressão¹³⁶. Isto resultaria numa “proteção abrangente contra a destruição de um número limitado dos grupos humanos que constituem os pilares essenciais da civilização mundial”¹³⁷.

Por outro lado, há também quem tema que um alargamento da definição retire ao genocídio o seu estatuto de crime dos crimes. Neste sentido, Lisson afirma que a ausência de uma definição postulada incentiva os tribunais a estender os limites do artigo 2, trivializando a Convenção e o genocídio em si¹³⁸.

Já Schabas afirma, em concordância com o que defendemos neste trabalho, que:

Os ataques a grupos definidos a partir da raça, nacionalidade, etnia e religião foram elevados, através da Convenção, ao topo das atrocidades cometidas contra os direitos humanos. A definição é limitada, mas a história recente tem vindo a provar que não é demasiado restritiva para ser aplicada. A definição de um crime como tão horrendo que só ocorre raramente é prova do valor da precisão da formulação. Diluir a definição, tanto através de emendas formais dos seus termos como através de interpretações extravagantes do seu texto, comporta o risco de trivializar o horror do crime quando este é cometido.¹³⁹

Assim, o autor considera que a definição de genocídio da Convenção é adequada e que o alargamento ou diluição da definição teria consequências indesejadas, como o enfraquecimento do estigma associado ao crime, a desvalorização do sofrimento das vítimas e o enfraquecimento do compromisso dos Estados na prevenção do crime¹⁴⁰. Quanto mais ampla e incerta a definição, menor responsabilidade estarão os Estados dispostos a assumir. O autor defende que a definição ampla de genocídio que alguma doutrina defende mais não é do que a definição de crimes contra a humanidade¹⁴¹.

De modo semelhante, Kress defende que nenhuma emenda à definição deve afetar o seu âmbito restrito, afirmando que é até desejável que o número de atrocidades que se qualificam como genocídio seja tão reduzido, caso contrário o estigma associado ao crime em causa tornar-se-ia mais fraco, aproximando-se da conceção de crimes contra a humanidade¹⁴². Assim, o autor rejeita a ideia de que a categoria de grupos políticos deva ser acrescentada ao conceito de grupos protegidos contra o genocídio.

¹³⁶ Kress, 2006, p. 502.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 502.

¹³⁸ Lisson, 2008, p. 1495.

¹³⁹ Schabas, 2009, p. 133.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 10.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 12.

¹⁴² Kress, 2006, p. 500.

Como refere David Shea Bettwy, os trabalhos preparatórios da Convenção e as fontes subsequentes mostram a imposição de limites propositada dos grupos protegidos como forma de evitar uma interpretação demasiado ampla¹⁴³. Assim, a enumeração da Convenção parece ser uma enumeração exaustiva e não a representação do “mínimo” de proteção a ser conferido. O “artigo 2 fixa tanto o mínimo como o máximo espectro dos grupos protegidos”¹⁴⁴.

Apesar de terem sido considerados vários outros grupos aquando da elaboração da Convenção, não se tratou de uma omissão, nem de qualquer tipo de esquecimento de certos grupos. De facto, para além dos grupos políticos, também foram referidos grupos ideológicos, linguísticos e económicos. No entanto, o objetivo dos autores terá sido seleccionar os grupos protegidos de forma a restarem apenas aqueles aceites de forma mais ampla pela comunidade internacional¹⁴⁵. Da mesma forma, os autores do Estatuto do TPI consideraram a proteção de grupos sociais, políticos e culturais, mas acabaram por manter a enumeração dos quatro grupos presentes na Convenção.

Deste modo, o crime de genocídio mantém a sua gravidade especial e o seu carácter distinto dos restantes crimes internacionais. A decisão de salvaguardar as categorias presentes na enumeração dos grupos protegidos permite garantir a cooperação dos Estados no combate e prevenção deste crime e estabelecer uma base jurídica forte e coerente para casos posteriores.

Importa fazer uma breve referência a Jordan Paust que, quanto ao problema da exclusão dos grupos políticos, propõe uma Convenção sobre a prevenção e a punição do “crime de politicídio”, análoga à Convenção sobre o Genocídio, mas dirigida aos crimes que têm como objetivo a destruição de um grupo político¹⁴⁶.

Apesar da enumeração exaustiva, alguns Estados decidiram estender o âmbito dos grupos protegidos na sua legislação interna, nomeadamente França, que já tinha manifestado a sua posição de defesa de um alargamento dos grupos enumerados durante os trabalhos preparatórios. Assim, no Código Penal francês lê-se:

genocídio ocorre quando, na execução de um plano concertado dirigido à destruição parcial ou total de um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, ou de um grupo determinado por quaisquer outros critérios arbitrários, uma das seguintes ações são cometidas ou provocadas contra membros do grupo.¹⁴⁷

O artigo citado continua com a enumeração dos atos que podem suportar uma acusação de genocídio. Assim, a legislação francesa permite que estejam protegidos contra o genocídio grupos de qualquer tipo identificados por critérios arbitrários.

Em 1957, a Etiópia também previu no seu Código Penal a proteção de grupos políticos¹⁴⁸. Esta proteção chegou a ser ativada nos anos 90, numa acusação contra os oficiais

¹⁴³ Bettwy, 2011, p. 174.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 175.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 176.

¹⁴⁶ Paust, 1986, p. 283.

¹⁴⁷ Código Penal francês, art. 211-1 (traduzido da versão inglesa).

¹⁴⁸ Código Penal da Etiópia, art. 281.º.

“Derg” pelas atrocidades alegadamente cometidas contra grupos políticos, como o Partido Revolucionário do Povo da Etiópia nos anos 70¹⁴⁹. Neste caso, a defesa argumentou que o Código Penal etíope contradizia a Convenção e deveria ser considerado nulo e sem efeito¹⁵⁰. Contudo, o Tribunal declarou que a Convenção não se revela permissiva nem proibitiva relativamente à inclusão de grupos políticos por legislações internas dos Estados-parte da Convenção, por isso não fazia sentido falar num incumprimento.

A doutrina divide-se no que concerne à legitimidade dos Estados para incluírem grupos para lá dos enumerados na Convenção. Por exemplo, Yishak considera a ausência de grupos políticos uma falha da Convenção e propõe várias soluções para a corrigir, sendo uma delas conferir proteção aos grupos políticos através da legislação interna de cada Estado; segundo o autor, a presente Convenção não proíbe proteção mais ampla através de legislação interna, pelo que considera esta hipótese a mais viável¹⁵¹.

No sentido contrário, Shea Bettwy defende que a lista francesa de grupos protegidos “contraria o objeto e propósito da Convenção, o que é proibido pelo direito consuetudinário internacional em relação a Estados-parte de um Tratado internacional”¹⁵².

Segundo Bettwy, a prática internacional de abordagem do genocídio demonstra que o âmbito dos grupos protegidos pela Convenção é governado por três regras fundamentais:

- (1) o espectro de grupos protegidos deve ser exaustivo e exclusivo de modo a respeitar a importância do crime de genocídio; (2) os grupos incluídos devem possuir um valor substancial para a humanidade, de forma a que a sua perda seja enorme para a raça humana como um todo; e (3) os grupos incluídos devem ser permanentes e estáveis, sendo a pertença a estes, para a maioria, involuntária.¹⁵³

Importa realçar novamente que este autor considera que conferir proteção a grupos que se desviem da enumeração da Convenção implica um sério risco de violação do Direito Internacional.

Conclusão

O crime de genocídio pressupõe a existência de um grupo que é perseguido com o objetivo de ser destruído. Por este motivo, o direito de um grupo a simplesmente existir é importante no âmbito do crime em causa. Não pode existir genocídio sem a intenção de destruir um grupo enquanto tal. Contudo, nem todos os grupos se encontram protegidos na Convenção e, posteriormente, no Estatuto do TPI. Estes instrumentos enumeram quatro categorias protegidas: grupos nacionais, étnicos, religiosos e racionais.

Ao longo deste trabalho, tivemos a oportunidade de conhecer diferentes perspetivas do que significam estes termos e como devem ser relacionados. Concluimos que estas

¹⁴⁹ Tefferi, 2017, p. 45.

¹⁵⁰ *Ibid.*, pp. 47-48.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 49.

¹⁵² Bettwy, 2011, p. 182.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 195.

noções não podem ser consideradas de forma fixa e imutável, uma vez que não é possível construir uma definição precisa destes termos. Estamos perante conceitos pertencentes à realidade social, a qual se encontra sujeita a diferentes contextos culturais. Por este motivo, é impossível construir uma definição dogmática de grupo nacional, grupo étnico, grupo racial ou grupo religioso. Assim, estes termos exigem uma avaliação casuística da situação em causa, não existindo uma abordagem *one-size-fits-all*. Neste campo do Direito Internacional, como é compreensível, os casos revestem-se muitas vezes de circunstâncias imprevisíveis, merecendo a devida ponderação.

Esta perspetiva aplica-se ainda à questão da abordagem subjetiva ou objetiva. Optamos por defender uma abordagem mista, com recurso a critérios objetivos e subjetivos, por considerarmos que é a opção que assegura uma maior eficácia dos termos, permitindo a melhor correspondência à realidade.

Por outro lado, a abordagem negativa parece-nos demasiado ampla, correndo o risco de tornar o conceito de genocídio desprovido de significado, ao afirmar que todas as pessoas que não pertencem a certo grupo constituem um outro grupo. Intuitivamente, sentimos que não faz sentido considerar, por exemplo, um grupo A, que são os portugueses, e o grupo B, que será o resto do mundo, os não portugueses. Este tipo de grupo não se relaciona entre si através de qualquer característica distintiva ou crença comum, não fazendo sentido falar de um grupo, no campo do genocídio.

Quanto aos grupos excluídos da Convenção, concluímos que a opção de incluir apenas as quatro categorias referidas não constitui uma falha, uma vez que o domínio de crimes contra a humanidade preencherá esta lacuna. Com isto, pretendemos enfatizar que qualquer crime semelhante ao genocídio que não se encaixe nos grupos protegidos será coberto no domínio dos crimes contra a humanidade. Apesar de alguns autores argumentarem que a palavra “genocídio” confere um estatuto diferente a um crime, provocando uma reação distinta por ser considerado o “crime dos crimes”, parece-nos que um extermínio em massa provocará sempre uma reação de choque e horror, quer os seus perpetradores sejam acusados de “genocídio”, quer de “crimes contra a humanidade”. Note-se ainda que a pena prevista no ETPI é igual em ambos os crimes.

Assim, apesar de a exclusão de alguns grupos ser contestada por parte da doutrina, foi uma decisão ponderada e discutida pelos autores da Convenção, sendo compreensível a opção por uma lista o mais unânime possível, de forma a concentrar os esforços na aplicação da Convenção. De facto, os grupos políticos são os mais debatidos pela doutrina, com muitos autores a defenderem a sua inclusão. Contudo, estes grupos apresentam problemas que os outros grupos não apresentam, principalmente em regimes autoritários, justificando-se a sua exclusão pela necessidade de reunir o consenso do maior número de Estados possível. Evidentemente, esta necessidade implica alguns compromissos, visto que os diferentes Estados e governos apresentam diferentes preocupações e perspetivas. Foi este o caso da exclusão dos grupos políticos, dada a impossibilidade de atingir a unanimidade em relação a tal assunto. Mais uma vez, é importante notar que violência não legítima ou medidas desproporcionais tomadas em relação a um grupo político, apesar de não serem cobertas pela lei referente ao genocídio, não gozam de impunidade legal, recaindo, na maioria das vezes, no domínio dos crimes contra a humanidade.

Quanto à hipótese dos grupos estáveis e permanentes, reforçamos a ideia de que o artigo se refere a grupos nacionais, étnicos, rracicos e religiosos, parecendo-nos demasiado ousado afirmar uma proteção que se estenda a todos os grupos estáveis e permanentes. Esta enumeração justifica-se pelo carácter único destes grupos, quer no que diz respeito à sua estabilidade e permanência, quer no que se refere ao seu valor para o ser humano e o mundo. Importa ter em conta que os grupos possuem uma identidade distinta da simples agregação das partes e daí decorre o seu valor especial.

Por último, embora existam propostas de alteração ao texto da Convenção extremamente interessantes, parece-nos difícil uma alteração devido à aceitação universal na sua redação atual. Contudo, os tribunais têm um papel muito importante de atualização dos termos através da sua interpretação, sem os alterar, de acordo com o contexto vivido. Caso a realidade torne tal ação necessária, os Estados não devem temer uma nova discussão e a adoção de um instrumento que se adapte à nova realidade, possivelmente a conceção de um novo crime, como o politicídio sugerido por Paust. Todavia, atualmente os grupos elencados demonstram ser, pelo menos até agora, adequados, tendo evidentemente em conta a inexistência de uma definição fechada de cada um dos grupos, havendo espaço para a ponderação de diferentes critérios e contextos.

Em suma, apesar de este trabalho ter sido iniciado com um sentido crítico relativamente à enumeração, concluímos, através da leitura de diferentes autores e de revisões jurisprudenciais, que a enumeração pode ser considerada fechada, mas os termos que a constituem – ou seja, nacional, étnico, religioso e rracico – não representam conceções objetivas estáticas, adaptando-se conforme as circunstâncias de cada caso. Assim, este estudo levou-nos a concluir que os grupos protegidos pela Convenção são coerentes com o espírito com que esta foi concebida e com o objetivo da mesma.

Bibliografia

AKSAR, Y. (2003). The “victimized group” concept in the Genocide Convention and the development of international humanitarian law through the practice of ad hoc tribunals. *Journal of Genocide Research*, vol. 5, no. 2, pp. 211-224.

ALONZO-MAIZLISH, D. (2002). In whole or in part: Group rights, the intent element of genocide and the quantitative criterion. *New York University Law Review*, no. 5, pp. 1369-1403.

AMANN, D.M. (2002). Group mentality, expressivism, and genocide. *International Criminal Law Review*, no. 2, pp. 93-143.

BETTWY, D.S. (2011). The Genocide Convention and unprotected groups: Is the scope of protection expanding under customary international law? *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, vol. 2, no. 1, pp. 167-196.

CHERKASSKY, L. (2009). Genocide: Punishing a moral wrong. *International Criminal Law Review*, no. 9, pp. 301-319.

JONASSOHN, K. & CHALK, F. (1990). A typology of genocide and some implications for the human rights agenda. In *History and sociology of genocide: Analyses and case studies*. New Haven: Yale University Press.

KRESS, C. (2006). The crime of genocide under international law. *International Criminal Law Review*, no. 6, pp. 461-502.

LEBLANC, L.J. (1984). The intent to destroy groups in the Genocide Convention: The proposed U.S. understanding. *The American Journal of International Law*, vol. 78, no. 2, p. 369.

LISSON, D. (2008). Defining “national group” in the Genocide Convention: A case study of Timor-Leste. *Stanford Law Review*, vol. 60, no. 5, pp. 1459-1496.

MAY, L. (2010). *Genocide: A normative account*. New York, United States of America: Cambridge University Press.

ROTH, J.K. (2005). *Genocide and human rights: A philosophical guide*. Basingstoke: Palgrave Macmillan.

SCHAACK, B.V. (1996). The crime of political genocide: Repairing the Genocide Convention’s blind spot. *The Yale Law Journal*, no. 106, pp. 2259-2291.

SCHABAS, W.A. (2000). Groups protected by the Genocide Convention: Conflicting interpretations from the international criminal tribunals for Rwanda. *Ilsa Journal of International & Comparative Law*, no. 6, pp. 375-387.

SCHABAS, W.A. (2001). The Jelacic Case and the *mens rea* of the crime of genocide. *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, no. 1, pp. 125-139.

SCHABAS, W.A. (2005). Darfur and the “odious scourge”: The Commission of Inquiry’s findings on genocide. *Leiden Journal of International Law*, vol. 18, no. 4, pp. 871-885.

SCHABAS, W. (2009). *Genocide in international law: The crime of crimes*. 2nd Edition. New York, United States of America: Cambridge University Press.

TATUM, D.C. (2010). *Genocide at the turn of the twenty-first century*. Basingstoke: Palgrave Macmillan.

TATZ, C. (2003). *With intent to destroy: Reflecting on genocide*. S.l.: Verso.

TEFFERI, Y.K. (2017). The Genocide Convention and protection of political groups against the crime of genocide. *Mekelle University Law Journal*, vol. 5, no. 1, pp. 29-49.

TIFFTERER, O. (2001). Genocide: Its particular intent to destroy in whole or in part the group as such. *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, no. 2, pp. 399-408.

TOTTEN, S. & MARKUSEN, E. (2006). *Genocide in Darfur: Investigating the atrocities in the Sudan*. New York: Routledge.

YOUNG, R. (2010). How do we know them when we see them? The subjective evolution in the identification of victim groups for the purpose of genocide. *International Criminal Law Review*, no. 10, pp. 1-22.

Jurisprudência

Caso Akayesu (ICTR-96-4-T), Juízo de 1.^a Instância, 2 de setembro de 1998.

Caso Bagilishema (ICTR-95-1A-T), Juízo de 1.^a Instância, 7 de junho de 2001.

Caso Bagilishema (ICTR-95-1A-A), Juízo de Recurso, 3 de julho de 2002.

Caso Bosnia v. Serbia (Aplicação da Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio), Relatórios do Tribunal Internacional de Justiça 2007, p. 43.

Caso Semanza (ICTR-97-20-T), Juízo de 1.^a Instância III, 15 de maio de 2003.

Caso Nahimana *et al.* (ICTR-99-52-T), Juízo de 1.^a Instância, 3 de dezembro de 2003.

Caso Krstic (IT-98-33-T), Juízo de 1.^a Instância, 2 de agosto de 2001.

Caso Rutaganda (ICTR-96-3-T), Juízo de 1.^a Instância, 6 de dezembro de 1999.

Caso Kayishema *et al.* (ICTR-95-1-T), Juízo de 1.^a Instância II, 21 de maio de 1999.

Caso Jelusic (IT-95-10-T), Juízo de 1.^a Instância, 14 de dezembro de 1999.

Caso Jelusic (IT-95-10-A), Juízo de Recurso, 5 de julho de 2001.

Caso Stakic (IT-97-24-T), Juízo de 1.^a Instância II, 31 de julho de 2003.

Caso Stakic (IT-97-24-A), Juízo de Recurso, 22 de março de 2006.

Proteção jurídico laboral contra o assédio
Algumas considerações à luz da Lei n.º 73/2017, de 16 de agosto

João Lencastre de Faria

Sob a orientação da
Professora Doutora Catarina Carvalho

*“Do rio que tudo arrasta diz-se
que é violento. Mas ninguém chama
violento às margens que o oprimem”*

Bertolt Brecht

Agradecimentos

Dirijo estes agradecimentos a todos aqueles que, pelas mais diversas formas, contribuíram para a realização desta tese e são parte da minha formação, como jurista e pessoa:

Aos meus Pais, pelo magnífico exemplo. Pelas pessoas extraordinárias que são e por me terem sabido guiar, nos bons e maus momentos, sempre prezando a minha personalidade e liberdade;

Ao Vasco, meu irmão. Nos opostos e na diferença, pelo que me complementa. A felicidade que irradia é o exemplo de que não há um só modo de vida;

À minha orientadora, Professora Doutora Catarina Carvalho, pelo acompanhamento permanente, pela orientação cuidada e dedicada;

Ao Dr. Marco Ferraz, meu Patrono, pelos sábios ensinamentos e pelo exemplo que admiro, bem como por toda a compreensão e apoio demonstrados ao longo da realização deste trabalho.

À Cláudia. Pelo contributo ímpar e incalculável. Jurista brilhante e predestinada, não esqueço a amiga completa, conjugação perfeita de determinação e sensibilidade, que tantas lições me deu e tanto me fez pensar, nos horizontes que me abriu.

Ao Ricardo, amigo, senão de sempre, seguramente para sempre. Pelo companheiro que sempre foi em toda esta caminhada. No curso e na vida.

Ao Martim, o de sempre. Uma relação de sangue, o orgulho numa amizade de uma vida. Destaco a boa disposição e alegria, que tantas, tantas vezes me resgatou.

A todos os meus amigos, pela diversidade na companhia.

À FDUP, a minha casa durante 5 anos, e à Universidade Católica.

A todos aqueles que, embora de alguma forma já ausentes da minha vida, contribuíram grandemente para aquilo em que me tornei.

Resumo

A aprovação da Lei n.º 73/2017, de 16 de agosto, implementou, no ordenamento jurídico português, um conjunto de medidas de diversa índole, cujo escopo é o de reforçar a prevenção e o combate ao assédio no trabalho.

Dedica-se o presente trabalho a uma reflexão e análise do novo regime, relativamente ao qual se constata ainda o parco contributo doutrinal e jurisprudencial, no que concerne às matérias que se nos afiguram mais relevantes e estruturantes, bem como as suas debilidades e fragilidades, eventualmente comprometedoras do respetivo sucesso e viabilidade prática.

Com esta dissertação, criticar-se-ão as soluções encontradas, questionando-as e propondo alternativas que, de entre tantas outras, constituirão, assim se defende, contribuições válidas para um mercado de trabalho justo e digno.

Palavras-chave: Assédio laboral; responsabilidade social da empresa; códigos de conduta.

Abstract

The approval of Law no. 73/2017, of August 16th, introduced a series of measures into the Portuguese legal system aimed at reinforcing the prevention and combat of harassment at work.

The present work is devoted to a reflection and analysis of the new regime. Throughout this dissertation, we will critically analyse the legal solutions implemented, while proposing alternatives for a fair and dignified labour market.

Keywords: Labour harassment; corporate social responsibility; codes of conduct.

Abreviaturas

AA VV.	Autores vários
Ac.	Acórdão
ACT	Autoridade para as Condições do Trabalho
Al./als.	alínea/alíneas
AR	Assembleia da República
Art./Arts.	Artigo/Artigos
BE	Bloco de Esquerda
CE	Comissão Europeia
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
<i>Cit.</i>	citado/a
Coord.	coordenado
CPT	Código do Processo de Trabalho
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSC	Código das Sociedades Comerciais
CT	Código do Trabalho
Ed.	edição
IRCT	Instrumentos de Regulamentação Coletiva do Trabalho
LGTFP	Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas
N.º/n.ºs	número/números
Ob.	Obra
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONG's	Organizações Não-Governamentais
P.(p)	Página(s)
PAN	Pessoas Animais Natureza
PC	Partido Comunista
PS	Partido Socialista
<i>QL</i>	Questões Laborais
<i>RDES</i>	Revista de Direito e Estudos Sociais
<i>RDS</i>	Revista de Derecho Social
RSE	Responsabilidade Social da Empresa
Ss.	seguintes
TRP	Tribunal da Relação do Porto
<i>Ult.</i>	Última
<i>Vd.</i>	Veja-se
Vol.	volume

Índice

1. Introdução	7
2. A Responsabilidade Social da Empresa	10
2.1. RSE – Considerações gerais	10
2.2. A RSE em matéria laboral	11
2.3. A voluntariedade da RSE	12
2.4. O envolvimento dos trabalhadores na RSE	13
3. Os Códigos de Conduta	14
3.1. Os Códigos de Conduta – Considerações gerais	14
3.2. A obrigatoriedade da adoção de Códigos de Conduta	17
3.2.1. Razão de ordem	17
3.2.2. Da relevância da dimensão da empresa	18
3.2.3. As consequências do incumprimento	19
3.3. O conteúdo dos Códigos de Conduta	20
3.3.1. Da sua redação pelo empregador	20
3.3.2. A vinculatividade dos Códigos de Conduta	22
3.3.3. Os Códigos de Conduta vs. Regulamentos Internos	23
3.3.4. Os Códigos de Conduta e a negociação coletiva	24
3.3.5. A efetividade das normas dos Códigos de Conduta	25
4. Os novos-deveres do empregador quanto ao assédio laboral	27
4.1. O poder-dever disciplinar do empregador	27
4.1.1. Uma mudança de paradigma?	28
4.1.2. Da (in)eficácia da norma	30
4.1.3. Do incumprimento da norma	30
4.2. A proteção do <i>whistleblower</i>	31
5. Considerações conclusivas	32
Referências bibliográficas	34

1. Introdução

A presente dissertação tem como objeto de estudo o assédio laboral, tema que, não obstante não constituir verdadeiramente uma realidade nova, somente nos tempos mais recentes tem granjeado maior protagonismo, assim justificando o epíteto de “praga laboral do séc. XXI”.

A convocação de uma temática tão vasta e complexa como a do assédio implica, pela sua abrangência, a delimitação criteriosa das matérias a analisar. A noção de assédio laboral comporta duas dimensões²: sexual³ e moral. Quanto a esta última, também designada por *mobbing*⁴, associam-se-lhe uma multiplicidade de noções e são muitas as dúvidas e dificuldades existentes quanto à sua prova.

É notória e, quase diremos, unânime, a crescente proeminência que o fenómeno do assédio vem adquirindo e a urgência em vê-lo cerceado. A dimensão alarmante deste flagelo social decorre, em grande medida, do atual modo de funcionamento do mercado, fazendo este perigar a “cidadania na empresa”⁵ e, sobretudo, configurando importante ameaça à dignidade do trabalhador.

A pressão competitiva e a voracidade tecnológica impõem aquilo a que Júlio Gomes denominou de *darwinismo económico*⁶, modelo em que apenas os melhores vingam. É também essa dinâmica, associada à cultura do lucro e da eficiência económica, que tem causado assinalável dano nas estruturas empresariais e nas relações humanas que delas dependem.

Não negando, antes sublinhando, o recrudescimento do fenómeno a que *supra* fazemos referência, certo é que o mesmo, atualmente valorado como relevante risco psicossocial⁷, e os efeitos e prejuízos que dele decorrem, são, hoje, significativamente mais notórios e impactantes do que outrora.

A maior visibilidade ficar-se-á a dever a um conjunto concertado de fatores, mormente fundados na atual natureza jurídica das relações laborais e no perfil do trabalhador⁸. O aumento generalizado das qualificações da população trabalhadora e correspondente conhecimento dos seus direitos laborais, o papel preponderante da comunicação social, o aumento da incerteza e da precariedade e a feminização do trabalho têm concorrido para uma maior projeção do assédio enquanto problema social e jurídico⁹.

No que respeita ao *mobbing*, os estudos de carácter multidisciplinar, realizados a partir da década de 80 do século passado, permitem afirmar que está hoje “relativamente bem definida a representação conceptual, etiologia, sintomas e efeitos do problema”¹⁰.

¹ Zabala, 2001, p. 50.

² Leal Amado, 2018.

³ Remonta já à década de 70 do século passado a noção de assédio sexual, perpetuada por Catharine A. Mackinnon.

⁴ Sobre a origem da palavra *mobbing*, *vd.* Rojo & Cervera, 2005.

⁵ Abrantes, 2004.

⁶ Gomes, 2014.

⁷ Costa, 2014.

⁸ Rebelo, 2014.

⁹ Por todos, *ibidem*.

¹⁰ Redinha, 2014, p. 135.

Historicamente, a investigação sobre o assédio remonta às áreas^{11 12} da sociologia, da psicologia, da medicina e até da zoologia. Como investigadores sobre o tema, destacamos os psiquiatras Heinz Leymann¹³ e Marie-France Hirigoyen¹⁴.

O ordenamento jurídico nacional apenas em 2003 consagrou a figura do assédio¹⁵, tendo esta intervenção do legislador português em tão relevante matéria sido motivada pela exigência das instâncias comunitárias¹⁶, designadamente a obrigação de transposição, pelos Estados-Membros, da Diretiva 2002/73/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho.

Assim, e na sequência da aprovação do CT, em 2009, configurou-se a atual noção de assédio, prevista no art. 29.º, como o

comportamento indesejado, nomeadamente o baseado em fator de discriminação, praticado aquando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, com o objetivo ou o efeito de perturbar ou constranger a pessoa, afetar a sua dignidade, ou de lhe criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador

No que concerne ao *mobbing*, proliferam, na doutrina como na jurisprudência¹⁷, diferentes conceções e abordagens ao conceito. Tendo em conta a diversidade conceptual, julgamos estar ainda distante a existência de uma noção una e internacional.

Contudo, se enveredarmos por um exercício de conjugação e conciliação das diferentes conceções adotadas, concluir-se-á pela existência de um mínimo denominador comum, assentando o debate sobre a noção de assédio moral em três dimensões essenciais: a prática de determinados comportamentos¹⁸, a sua duração¹⁹ e as consequências respetivas²⁰.

¹¹ Rojo & Cervera, 2005. De igual modo, Sequeira, 2014 e Gomes, 2014.

¹² A zoologia descreve o assédio como o comportamento grupal de animais que agem, atuando coordenadamente, de molde a expulsar ou excluir um dos membros do grupo.

¹³ Gomes, 2014.

¹⁴ Hirigoyen, *Harcèlement Moral*, 2002, disponível em: <http://hirigoyen.free.fr.>, consultado a 17/07/2018.

¹⁵ O primeiro ordenamento jurídico a autonomizar a figura do assédio moral foi o sueco. Em França, o fenómeno foi regulado no ano 2000 pelo *Décret* n.º 2000-110. Na Alemanha, o enquadramento da figura foi feito sobretudo pela jurisprudência, uma vez que inexistia um texto normativo sobre o tema.

¹⁶ A CE viria a definir, em 1995, o assédio como “incidentes de abuso para com uma pessoa, com ameaças ou ataques em contextos relacionados com o seu trabalho que implicam um risco implícito ou explícito à sua segurança, bem-estar e saúde”, Rojo & Cervera, 2005, p. 17.

¹⁷ Também ao nível jurisprudencial se consumaram importantes avanços na consolidação do conceito de assédio. A este propósito, destacamos as decisões do STSJ da Comunidad Valenciana – Sala de lo Contencioso-Administrativo de 21 de noviembre de 2006, do SJS de Madrid núm. 33, de 18 de junho de 2001, dos tribunais espanhóis, e a do Tribunal de segunda instância alemão, Landesarbeitsgericht de Thüringen, de 10 de abril de 2001. Importa realçar o relevante contributo da doutrina e jurisprudência espanholas. Sobre o tema, *Vd. Mejias, 2008, Rojo & Cervera, 2005 e Vd. Pedrazzoli, 2007.*

¹⁸ Sobre a noção de comportamento assediante, *vd. Hirigoyen, 2002.*

¹⁹ Sobre esta característica, *vd. Redinha, 2014, Sequeira, 2014, Gomes, 2014, Pereira, 2009 e Rebelo, 2014.* A teoria *framework*, desenvolvida por parte da doutrina, permite “reconduzir a um conceito unitário de ofensiva ao trabalhador uma série de actos diversificados”. Sobre o tema, *vd. Pereira, 2009, p. 117.*

²⁰ Neste sentido, Gomes, 2014.

Discute-se, quanto ao elemento temporal²¹, da necessidade de o mesmo ser reiterado e “temporalmente prolongado”. Importará, também, apurar se a conotação de um ato como assediante depende da verificação, como sua consequência, de danos²² concretos na vítima, e ainda debater a relevância da eventual intencionalidade do assediador na configuração de determinada conduta como configuradora de assédio²³.

O necessário combate a tão atual fenómeno não pode, já, ser protagonizado apenas pela lei, designadamente pelo direito do trabalho. De facto, num mundo globalizado, em que proliferam as empresas multinacionais e as relações comerciais complexificadas, torna-se talvez excessivamente árdua a tarefa de produção legislativa reguladora de forma igualmente eficiente, justa e adequada a tão distintos contextos.

Assim, pode assumir real protagonismo a figura da RSE, em que a empresa, conhecedora das suas necessidades próprias e específicas e do contexto em que se move, adota as melhores práticas, definindo os objetivos adequados à satisfação dos seus trabalhadores.

Paralelamente, é também na procura da erradicação do assédio que se fundou a aprovação da Lei 73/2017, sobre a qual de ora em diante dispostos. Foram introduzidas, por via desta alteração legislativa, múltiplas e relevantes alterações ao CT, à LGTFP e ao CPT, concernentes à prevenção e combate ao assédio no trabalho. Entendemos inexistir, sobre as mesmas e até ao momento, suficiente reflexão doutrinal e jurisprudencial. É nessa senda que surge o objeto deste trabalho, dedicado a uma análise daquelas que consideramos serem as alterações legislativas mais relevantes, de entre as introduzidas por esta lei, assim se procurando projetar a sua bondade e maior ou menor eficácia e antever os resultados que possam, ou não, vir eventualmente a produzir-se em contexto laboral, hoje tão propício ao surgimento de focos de assédio, *bullying* e pressão de multifária natureza.

Indício claro da premência que o legislador reconhece a este tema é o facto de o diploma em causa ser um compromisso resultante de 4 diversas iniciativas legislativas, da autoria do BE, do PS, do PC e do PAN, todas elas objeto de debate parlamentar, na generalidade e na especialidade, sede em que seria redigido um documento único, aprovado na AR sem quaisquer votos contra. Desta intervenção legislativa resultou reforçada a tutela do assédio no âmbito da prevenção e do combate ao mesmo.

De entre as diferentes medidas implementadas, entendemos útil subdividi-las, de acordo com o momento em que incidem, nas de índole preventiva^{24 25} e reativa e represora, sem prejuízo das eventuais e inevitáveis confluências.

No que tange às primeiras, abordaremos a obrigatoriedade, decorrente da al. k) do art. 127º do CT, da redação e adoção, pelas empresas com mais de 7 trabalhadores, dos

²¹ Sobre o entendimento do assédio como uma sucessão de atos frequentes, *vd.* Ac. Tribunal da Relação do Porto, de 7/05/2018 (Domingos Morais).

²² Sobre o elemento dano, *vd.* Gomes, 2014, Costa, 2012, Pereira, 2009, Sequeira, 2014, Gomes, 2014 e Redinha, 2014.

²³ Sobre esta questão, *vd.* Loy, 2005, *apud* Gomes, 2014, Dray, in Martinez, Monteiro, Vasconcelos, Brito, Dray & Silva, 2017, Pacheco, 2007 e Pedrazzoli, 2007.

²⁴ Hirigoyen, 2002.

²⁵ É nas estratégias preventivas que deve colocar-se a tónica, Monfort, 2010.

denominados Códigos de Conduta laboral contra o assédio, através dos quais se prescreverá um conjunto de normas vedadoras de determinado tipo de comportamentos atentatórios da dignidade do trabalhador, prevenendo-se, subseqüentemente, determinadas consequências para os possíveis infratores.

Relativamente às medidas reativas ou repressoras perante contextos de assédio no trabalho, preceitua-se, ora, no texto da nova al. l) do já aludido art. 127º do CT, a obrigação, a que o empregador se encontra adstrito, de instaurar procedimento disciplinar sempre que tiver conhecimento de alegadas situações de assédio no trabalho.

Também à vítima de assédio foram, pela nova lei, conferidos novos meios de reação. Assim, o trabalhador lesado poderá, pela invocação da nova al. f) do n.º 2 do art. 394º do CT, resolver o contrato de trabalho com justa causa quando ocorra “ofensa à integridade física ou moral, liberdade, honra ou dignidade do trabalhador, punível por lei, incluindo a prática de assédio denunciada ao serviço com competência inspetiva na área laboral, praticada pelo empregador ou seu representante”.

Finalmente, importa, ainda, atentar nas novas medidas de proteção aos denominados *whistleblowers*²⁶, cujo escopo é o incentivo à denúncia de situações de assédio. O n.º 6 do art. 29º preceitua, nesta senda, a proibição de sancionar disciplinarmente os denunciantes e as testemunhas de assédio, a menos que atuem com dolo, “com base em declarações ou factos constantes dos autos de processo, judicial ou contraordenacional, desencadeado por assédio até decisão final, transitada em julgado, sem prejuízo do exercício do direito ao contraditório”. Ademais, presumir-se-á abusiva a aplicação de sanção ou o despedimento, decidido dentro do prazo de um ano contado desde o momento da denúncia, daquele que tenha denunciado ou exercido outro tipo de direitos relativos a assédio.

2. A Responsabilidade Social da Empresa

2.1. RSE – Considerações gerais

As múltiplas noções de RSE são, em boa medida, divergentes no âmbito doutrinal. Optamos, nesta sede, por plasmar o conceito vertido no Livro Verde da CE, cuja definição assenta na “integração voluntária, por parte das empresas, das preocupações sociais e de meio-ambiente nas suas operações comerciais e nas relações com os seus interlocutores” e num “conceito através do qual se procura construir uma sociedade melhor e um meio ambiente mais limpo²⁷”.

A RSE configura uma inculcação de valores e princípios na empresa, corporizando-se uma visão alternativa do seu modo de funcionamento, não unicamente direcionada ao sucesso económico e a um voraz domínio do mercado, priorizando, em paralelo, o contributo para a sustentabilidade do meio ambiente e, no que mais relevância adquire no âmbito deste nosso trabalho, a dimensão interna, concernente à política social relativa aos direitos dos trabalhadores²⁸. Através de um compêndio, mais ou menos extenso,

²⁶ Sobre a noção de *whistleblower*, *vd.* Gomes, 2014.

²⁷ CE. *Livro Verde: promover um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas*. Bruxelas, 2001.

²⁸ López, 2012.

de normas e comandos autoimpostos, a empresa vincula-se aos referidos princípios e valores, cujo conteúdo transcende aquilo que é a exigência da lei.

A empresa socialmente responsável assumirá o caráter transversal da sua atividade e dos objetivos que persegue²⁹, procurando obter ganhos, simultaneamente, em três áreas distintas³⁰: económica, social e ambiental. De facto, se de uma empresa esperamos o lucro, receitas, potencial e pujança económica, hoje, e cada vez mais, outros fatores de crescente relevância concorrem para o bom funcionamento da organização e para a imagem que a mesma projeta externamente, em particular para os seus alvos de mercado. Dirão os mais otimistas que a RSE assenta ou se “enraíza numa ética da empresa³¹”.

2.2. A RSE em matéria laboral

De entre todas as áreas sobre as quais podem fazer-se refletir as políticas de RSE, a dos direitos dos trabalhadores será, porventura, aquela que mais relevância assumirá, porquanto aqueles consubstanciam o elemento fulcral e nevrálgico de toda uma estrutura de produção, assumindo-se como o *stakeholder*³² mais intimamente ligado à empresa, dele dependendo, em grande medida, os resultados económicos da mesma³³.

A área social da RSE pode ser estruturada em diferentes níveis hierárquicos³⁴: se, no âmbito dos países em vias de desenvolvimento, aquela se ocupa maioritariamente da regulação de matérias tão vitais como a exploração infantil, a ingerência dos Governos no funcionamento do mercado ou a atuação policial, é nos países desenvolvidos que releva, especialmente no contexto do nosso trabalho, um diferente patamar da RSE. Com efeito, é aqui que se veem abordadas matérias tão essenciais como a participação do trabalhador na empresa, a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres, a luta contra a discriminação, a conciliação da vida profissional e pessoal e o combate ao assédio no trabalho.

Se os instrumentos em que se plasmam as normas e diretrizes conformadoras de uma política empresarial socialmente responsável revestem, com maior frequência, caráter nacional³⁵, não desmerecemos, inclusivamente pela sua mais ampla dimensão e alcance, os documentos de âmbito internacional³⁶.

A globalização e todas as transformações daí decorrentes moldaram a natureza das relações laborais³⁷. A multinacionalidade das empresas não só as tornou mais complexas, dificultando sobejamente o controlo da sua legalidade e conformidade com os diferentes

²⁹ As políticas de RSE debruçam-se sobre matérias como o respeito pelos direitos humanos, a proteção do consumidor e do meio ambiente, a concorrência leal, o direito tributário, as condições justas de trabalho, a luta contra a corrupção ou as normas relacionadas com o desenvolvimento. A este propósito, Kocher, 2011.

³⁰ A expressão “*triple bottom line*” consagrou-se como definidora de uma política empresarial responsável, que valora simultaneamente os aspetos económicos, ambientais e sociais.

³¹ Baz Tejedor, 2008.

³² Freeman define *stakeholders* como “o grupo de indivíduos que podem afetar ou ver-se afetados pela prossecução dos objetivos pela empresa”, *apud* Alonso, 2013, p. 38.

³³ Facto realçado recentemente pelas instâncias comunitárias. Sobre o tema, *vd.* Proposta de Diretiva dirigida ao Conselho Europeu relativa às condições de trabalho transparentes e previsíveis.

³⁴ Valdés Alonso, 2013.

³⁵ Kocher, 2011.

³⁶ *Ibidem.* Sobre o tema, Moreira, 2014.

³⁷ Revela-se, presentemente, insuficiente e escasso o alcance de iniciativas como as da OIT, Gómez Muñoz, 2012.

ordenamentos jurídicos, como tendencialmente vulnerabilizou a posição do trabalhador, tornando-o suscetível e dependente do alcançar dos objetivos pela empresa, num contexto de mercado de total implacabilidade. Também em função do fenómeno da globalização, estes são dias, como nos diz Leal Amado, de “intensa pressão competitiva” e marcados “por uma grande agressividade concorrencial”³⁸. Urgirá, hoje e cada vez mais, prevenir situações de assédio, impedindo assim que o lucro e a eficiência económica se condensem em coartação de direitos e mais desfavoráveis condições de trabalho.

As referidas lacunas do Direito do Trabalho, evidenciadas pela concorrência internacional, e na senda do que argumenta Baz Tejedor, refletem-se numa “assimetria entre a economia global e interdependente e a atuação política a nível nacional³⁹”. São estas carências que clamam pelo surgimento e desenvolvimento da RSE e evidenciam o papel decisivo que esta pode desempenhar. Através desta, e mais do que se limitarem a respeitar aquilo que se encontra prescrito na lei, tantas vezes ineficaz e incompleto, cada empresa compromete-se a respeitar um conjunto de medidas de garantia dos direitos dos trabalhadores, promovendo condições de trabalho globalmente mais favoráveis.

2.3. A voluntariedade da RSE

O caráter eminentemente voluntário é, no entender de Valdés Alonso⁴⁰, um aspeto fundamental e estruturante da RSE. Esta característica é salientada pelas instâncias europeias, que a concebem⁴¹ como as condutas ou os comportamentos que representam o *plus* em face das obrigações jurídicas a que a empresa se encontra legalmente vinculada, porquanto “intrínseca à sua própria natureza⁴²”. Competiria, assim, à própria organização definir as formas de concretização e de corporização da RSE, gozando, para o efeito, de total liberdade, tal como para a posterior publicitação do seu “*curriculum ético*”⁴³.

De facto, parece-nos razoável e seguro afirmar que uma conceção da RSE ainda subjacente aos ditames do Direito se esvaziaria, por certo, em si mesma. Isto porque, segundo cremos, ser socialmente responsável implica algo mais do que dar cumprimento a normas juridicamente vinculativas, ora decorrentes da lei, ora das convenções coletivas. Neste último caso, note-se, e se for intenção de uma empresa reunir consenso e o acordo dos seus interlocutores sociais, as medidas integradas na política de RSE poderão resultar vertidas no texto daquele instrumento.

Se se nos afigura incontornável o caráter voluntário da RSE, sob pena da sua descharacterização, de forma não menos urgente e conveniente concebemos a necessidade de promoção e publicitação, por parte do Estado e de entidades públicas, da implementação destas medidas de RSE, promovendo-as através de programas de estímulos e incentivos às empresas. Isto porque, como facilmente se constata, uma das principais dificuldades com que se depara o sucesso da política social é o desconhecimento geral de grande parte da sociedade. De facto, este manancial de boas condutas é, não raras vezes, objeto do

³⁸ Leal Amado, 2009, pp. 117-199.

³⁹ Baz Tejedor, 2008, p. 96.

⁴⁰ Valdés Alonso, 2013.

⁴¹ CE, *Livro Verde ...*, cit., p. 7.

⁴² Tascón López, 2012, p. 1027.

⁴³ *Ibidem*.

desconhecimento da maioria dos trabalhadores. Nesse sentido, Tascón Lopez⁴⁴ propõe um conjunto de medidas, de entre as quais se salienta a atribuição de galardões públicos às empresas que se destaquem no âmbito da RSE, as deduções fiscais às que se destaquem pela sua política social, ou um seu eventual favorecimento no âmbito dos contratos públicos.

A par da reduzida mediatização e do patamar algo embrionário destas iniciativas, os mecanismos e programas de política social deparam-se com um problema distinto, cuja resolução exigirá a intervenção dos poderes públicos. Incumbir-lhes-á, em nosso entender, a definição concreta de critérios e parâmetros de avaliação, equitativos e uniformes, das diferentes medidas de RSE implementadas pelas diferentes empresas. Efetivamente, a heterogeneidade das políticas, o modo de implementação e o nível de desenvolvimento inquinam, não raras vezes, os objetivos perseguidos, importando, por conseguinte, contrariar a endémica desorganização e desregulação a que estas matérias se encontram atualmente votadas, sempre respeitando a sua natureza voluntária. Para o efeito, afigurar-se-nos-ia como profícua uma catalogação, estratificada e estruturada, definindo-se determinados parâmetros e *standards*, mediante os quais se avaliasse de forma coerente as condutas sociais das diversas empresas que se propõem a metas de ordem social.

2.4. O envolvimento dos trabalhadores na RSE

Para que as medidas de política social surtam o efeito desejado e sejam fruto das reais necessidades da empresa, devem as mesmas ser gizadas com o contributo⁴⁵ ativo de todos quantos são intervenientes na dinâmica de funcionamento da organização, dando cumprimento ao princípio da participação, tantas vezes desvalorizado e menosprezado.

Ademais, far-se-ia respeitar o preceituado no art. 64.º do CSC⁴⁶, que concretiza em parte os deveres de lealdade do empregador, devendo este atender “aos interesses de sujeitos tão relevantes para o funcionamento da sociedade”, como o são os seus trabalhadores. Mediante um diálogo permanente, permitir-se-á, seguramente de forma mais efetiva, identificar aquelas que são as intenções e ambições da comunidade integrante da empresa, almejando-se, destarte, soluções concertadas, equilibradas e que agradem à generalidade dos agentes. A assim não ocorrer, arriscar-se-ia a própria filosofia⁴⁷ de RSE, negando-se a sua dimensão ética e a desejada democratização das relações laborais.

É assim que o contributo dos trabalhadores vem assumindo quota de maior destaque na definição das diferentes políticas de RSE, sendo até constatável, a este respeito, a mais efetiva participação e intervenção das organizações sindicais, agora reclamando o seu natural papel de destaque no que tange às relações laborais⁴⁸.

⁴⁴ Tascón López, 2012.

⁴⁵ *Idem*, p. 96.

⁴⁶ Encontram-se estes deveres de respeito pelos interesses dos trabalhadores num plano secundário das manifestações *não legais* do dever de lealdade. Como interesses prioritários, destacar-se-ão a conservação dos postos de trabalho, remunerações satisfatórias e as condições de trabalho. Sobre o tema, *vd.* Costa, 2010 e Coutinho de Abreu, 2009.

⁴⁷ Baz Tejedor, 2008.

⁴⁸ Yáñez, 2012.

Encara-se, até, e como decorrência do protagonismo e relevância que a RSE tem assumido na regulação do contexto laboral, a possibilidade de integrar as medidas de política social previamente negociadas com os trabalhadores nas convenções coletivas, conferindo-lhes caráter normativo, daí resultando a exigibilidade do seu cumprimento. Uma significativa maioria dos instrumentos de RSE não equipara, a todos os títulos, aquela que é a posição dominadora da empresa à do trabalhador, por definição mais desprotegido e colocado numa posição de maior instabilidade.

Assim, não parece razoável ser apenas a empresa a exercer os direitos e poderes emanados do conteúdo daqueles mecanismos de RSE, reservando o poder reivindicativo dos trabalhadores a meros enunciados formais, desprovidos de aplicabilidade e exercício concreto, por força daquela posição relativa de inferioridade do trabalhador em face da empresa e pelos ineficazes meios de fiscalização do seu cumprimento, tal como *infra* se defenderá.

Os trabalhadores constituem a pedra angular do funcionamento da empresa, representando o seu elemento mais determinante, do qual depende de forma mais decisiva o funcionamento e sucesso daquela. Assim, revestirá todo o interesse para aqueles a quem incumbe a direção dos destinos da organização e a tomada de decisões valorizar a opinião e o sentimento daqueles que, diariamente, se dedicam e se sacrificam pelos seus objetivos, procurando não apenas respeitar o mínimo exigido pela lei, antes encarando cada trabalhador como um ativo relevante, individualmente considerado. Só assim, através da concertação de vontades e no respeito pelos anseios de todos quantos se veem, mais do que envolvidos, verdadeiramente dependentes da atividade da empresa, poder-se-á encarar a RSE como um movimento social, genuinamente empenhado na procura pelas melhores e mais eficientes soluções. Tal poderá, inclusivamente⁴⁹, vir a ter efeitos significativos e benéficos na produtividade dos trabalhadores que, integrados num ambiente de trabalho a todos os títulos mais saudável e seguro, e sentindo-se acolhidos, bem-vindos e valorizados pela empresa, estarão, assim, mais disponíveis para uma dedicação suplementar às suas funções e, paralelamente, imbuídos de um maior espírito de equipa, de missão e compromisso, por conseguinte mais empenhados na prossecução dos objetivos da empresa.

3. Os Códigos de Conduta

3.1. Os Códigos de Conduta – Considerações gerais

Os Códigos de Conduta assumem, no âmbito das políticas de RSE sobre as quais vimos discorrendo, lugar privilegiado e um estatuto de relativo protagonismo. A crescente valorização da RSE, pelas instâncias comunitárias, é, aliás, constatável pela consagração, pelas mesmas, de uma noção formal de Códigos de Conduta. São estes definidos, no Livro Verde da CE⁵⁰, como uma “declaração formal dos valores e práticas comerciais de uma empresa e, por vezes, dos seus fornecedores”. Na noção adotada por Valdés Alonso⁵¹, os Códigos de Conduta são antes configurados como

⁴⁹ Baz Tejedor, 2008.

⁵⁰ CE, *Livro Verde, cit.*, p. 27.

⁵¹ Valdés Alonso, 2013, p. 63.

um sistema de autorregulação que, mediante a elaboração de um documento escrito, formaliza a dimensão externa e interna do comportamento da empresa relativamente a determinados aspetos da RSE

À genérica denominação de Códigos de Conduta subsomem-se variadíssimos tipos de documentos, compromissos e declarações. O grau de concretização e detalhe dos mesmos varia significativamente⁵², podendo estes limitar-se a enunciar um conjunto vago de princípios éticos e de boas práticas de carácter geral, ou a estabelecer um amplo espectro de condutas e normas concretas de índole social responsável, a que a empresa se vincula. A este respeito, e destinados a uniformizar e homogeneizar práticas e condutas socialmente responsáveis, simultaneamente detalhando-as, surgem os denominados “*standards*”, sistemas de gestão estabelecidos por uma entidade terceira, cuja adoção pretende alcançar e comprovar um determinado nível de resultados, em cada empresa⁵³. Os Códigos de Conduta veem o seu âmbito de aplicação variar de acordo com o critério geográfico. De facto, aqueles podem estar circunscritos a um território de um só Estado ou encontrarem-se vocacionados para uma dimensão multinacional. É relativamente comum, também, a elaboração de Códigos de carácter sectorial⁵⁴ ou temático, subjacentes a matérias como os direitos dos trabalhadores, no âmbito dos quais se consagram compromissos expressos e públicos capazes de configurar uma conduta empresarial nesta área.

Debruçar-nos-emos, no âmbito deste trabalho, sobre os Códigos de Conduta atinentes à prevenção do assédio no trabalho, nas suas vertentes moral e sexual, tema maior do nosso trabalho. Elenca-se, assim, e no âmbito de um Código de Conduta contra o assédio, um conjunto de princípios gerais, norteadores da política da empresa, em prol da erradicação de comportamentos discriminatórios e assediantes.

É por demais inegável a proeminência que os Códigos de Conduta⁵⁵, com especial destaque para aqueles que se debruçam sobre a matéria do assédio, vêm granjeando no âmbito da dinâmica empresarial vigente. Tendo adquirido particular relevância a partir da década de 90 do século passado, os Códigos de Conduta laboral debruçam-se, maioritariamente, sobre as questões relativas ao trabalho forçado, ao trabalho infantil, à liberdade sindical e ao direito à negociação coletiva; à discriminação em matéria de emprego, à saúde e segurança no trabalho; às regalias sociais e à duração do trabalho; à segurança em matéria de emprego; ao controlo sobre a aplicação daquele mesmo Código de Conduta⁵⁶.

Sendo indesmentíveis as vantagens e ganhos inerentes ao fenómeno de globalização e de proliferação das empresas de cariz multinacional⁵⁷, dele decorrem, também, simétricos riscos, designadamente quanto aos direitos e condições dos trabalhadores e ao seu ambiente de trabalho, de acordo com aquilo que já debatemos no capítulo rela-

⁵² *Idem, ibidem*, pp. 70-71.

⁵³ Luelmo Milán, 2012.

⁵⁴ Valdés Alonso, 2013.

⁵⁵ Sobre os vários tipos de Código de Conduta, *vd.* Marcos Sánchez, 2000.

⁵⁶ Sobre as matérias reguladas pelos Códigos de Conduta, Fauchère, 2006.

⁵⁷ Sobre o tema, Hernández, 2006.

tivo à RSE. Efetivamente, a atuação das empresas multinacionais soergueu os maiores receios de sindicatos e ONGs, constatado o seu crescente poder e domínio. Reflexo da propalada globalização, a aproximação e mais fácil interação entre países com diferentes níveis de desenvolvimento permitiu uma mais eficaz comparação entre realidades distintas, conducentes a uma urgência no nivelamento das condições de vida e justiça social. Paradoxalmente, ou talvez não, constatar-se-ia que a adoção de Códigos de Conduta promove o crescimento económico e o sucesso das empresas, uma vez que se tornam estas mais atrativas aos olhos dos consumidores.

Denunciadas, não raras vezes, as práticas menos leais e os abusos cometidos pelas empresas, suas filiais e fornecedores, situados preferencialmente nos países em vias de desenvolvimento, viriam aquelas a ver denegridas e prejudicadas a sua imagem e bom nome junto da comunidade. Assim, e em complemento às disposições legais, nacionais e internacionais⁵⁸, reguladoras do funcionamento das relações laborais, os Códigos de Conduta surgem como uma reação encarada como necessária, em que as empresas reafirmam os seus compromissos para com os direitos dos trabalhadores, assim se estipulando diretrizes, a ser cumpridas por todos, desde trabalhadores, a responsáveis hierárquicos, filiais e, até, fornecedores. Temerosas do impacto mediático e de eventuais reações negativas e de rejeição, pelo consumidor⁵⁹, perante a denúncia de práticas questionáveis, as empresas viriam a enveredar pela implementação de Códigos de Conduta, visando estes preencher determinadas lacunas resultantes da já constatada e crescente internacionalização da atividade empresarial⁶⁰. Destarte, a eliminação de barreiras fronteiriças à migração e ao transporte de bens, o fluxo de dinheiro em tempo real e a internet, obsolescendo a tradicional relação laboral, resultam numa mais árdua tarefa da lei e dos ordenamentos jurídicos nacionais, amiúde já incapazes de tutelar todas as relações laborais, pela sua dinâmica, volatilidade e pela sua circunscrição ao território nacional. Isto posto, emergirão os Códigos de Conduta laboral, como instrumento transfronteiriço, mais abrangente e ao qual as diferentes empresas vinculam a globalidade das suas práticas e políticas⁶¹.

Em função das razões *supra* adiantadas, a proliferação e generalização dos Códigos de Conduta fica a dever-se, em grande medida, à proporcional disseminação dos fenómenos associados ao assédio laboral. Vinham estes, desejavelmente, instituir um conjunto mais ou menos alargado de preceitos, aos quais as empresas voluntariamente se vinculam, tendentes à eliminação de comportamentos assediadores no contexto laboral, nas mais diversas modalidades e formas, sobre as quais já dissertámos, em sede doutro capítulo deste nosso trabalho.

Os Códigos de Conduta são considerados, conceptualmente, por muitos autores, e à semelhança do que sucede no que respeita à RSE globalmente considerada, como um instrumento voluntário, uma mera manifestação de boa vontade por parte da empresa

⁵⁸ Da eventual sobreposição entre os códigos e a lei, Fauchère, 2006.

⁵⁹ Tascón Lopez, 2012.

⁶⁰ Hernández Alvarez, 2017.

⁶¹ Gómez Muñoz, 2012.

que o postula⁶². Procede a implementação destes instrumentos de uma iniciativa unilateral da empresa⁶³, ao invés de emanados de um acordo de vontades entre as partes, do qual a sua legitimidade resultaria reforçada. Isto porque, se não é questionável o valor jurídico de uma proposta unilateral, parece-nos que o facto de as normas em causa não resultarem da imposição de uma entidade externa redundará numa fraqueza relativa das mesmas, designadamente fazendo questionar o seu efetivo carácter vinculativo⁶⁴. A convicção de que a redação e implementação, pelas empresas, destes Códigos, resulta de um ato voluntário, de boa-fé, que excede, na sua amplitude, o âmbito da Lei, sendo aqueles encarados como mais um instrumento daquela que veio a ser designada como *soft law*⁶⁵, redundará, julgamos, numa sua maior informalidade e conseqüente fragilidade. Rosa María Morato⁶⁶ defende, a este propósito, que as empresas multinacionais, ainda que adotantes desta figura, não as configuravam vinculantes e obrigatórias⁶⁷, assim resultando, porventura, diminuída a sua eficácia.

Vai bem, por conseguinte, o legislador, quando, no âmbito da aprovação da nova lei, rotula de obrigatória a adoção dos mesmos. É, assim, sobre este novo dever do empregador que pretendemos debruçar-nos. A finalidade que o justifica é a de aferirmos a eficiência e utilidade dos Códigos de Conduta⁶⁸ enquanto mecanismos de prevenção e combate ao assédio no trabalho, no âmbito das políticas de RSE sobre a qual vimos discorrendo.

3.2. A obrigatoriedade da adoção de Códigos de Conduta

3.2.1. Razão de ordem

A aprovação da Lei 73/2017 introduziu um conjunto de alterações legais às quais já fizemos referência. Da novíssima al. k) do art. 127º emana a obrigação de “adotar códigos de boa conduta para a prevenção e combate ao assédio no trabalho, sempre que a empresa tenha sete ou mais trabalhadores”.

Quiçá ciente das debilidades a que aludimos, relativas à voluntariedade da adoção de Códigos de Conduta pelas empresas, e da correspondente necessidade de os dotar de coercibilidade e força jurídica, veio o legislador intervir, por via da nova lei, também neste âmbito.

A obrigação da adoção de Códigos de Conduta munidos de normas tendentes à prevenção e combate ao assédio no trabalho configura, porquanto integrada no art. 127º

⁶² Sobre o carácter voluntário e facultativo dos Códigos de Conduta, Marcos Sánchez, 2000.

⁶³ Hernández Alvarez, 2017.

⁶⁴ *Idem*, pp. 380-382.

⁶⁵ *Soft law* corresponde ao meio mediante o qual “se cria um instrumento não vinculativo que procura, de forma não coerciva, a incorporação de determinados padrões de conduta ética à empresa”, Valdés Alonso, 2013, p. 66.

⁶⁶ A autora fazia ainda notar que nenhum Código analisado contempla as conseqüências jurídicas aplicáveis em caso de atuação empresarial divergente dos compromissos assumidos publicamente, negando, portanto, a tese de que os mesmos sejam fonte de responsabilidade civil.

⁶⁷ Morato García, 2014.

⁶⁸ A figura do Código de Conduta, inexistente na lei até à aprovação da Lei 73/2017, reveste natureza interna, reguladora dos direitos e deveres dos trabalhadores. Diferentemente, os Códigos Éticos assumem projeção externa, vinculando a empresa a compromissos atinentes à sustentabilidade ambiental ou à política de mercado. Valdés Alonso, 2012.

do CT, um novo dever do empregador, a cumprir sempre que as empresas tenham sete ou mais trabalhadores.

3.2.2. Da relevância da dimensão da empresa

Do texto do novo preceito, sobre o qual nos vimos debruçando, importará escalpelizar o elemento dele decorrente que reserva a obrigatoriedade da adoção dos Códigos de Conduta a empresas cujo número de trabalhadores seja superior a sete.

Efetivamente, é com indisfarçável e, julgamos, compreensível estranheza que encaramos a solução consagrada neste diploma. Quais serão, então, os critérios que lhe presidem? Não descortinamos, em sede do debate parlamentar que discutiu as alterações vertidas na Lei 73/2017 sobre as quais ora versamos, qualquer base sustentadora desta orientação.

Depreendemos residir e assentar a *ratio legis* desta norma na convicção plena, a que não nos opomos, de que as condutas assediantes e comportamentos intimidatórios grassarão, tendencialmente, com maior fluidez e frequência em contextos empresariais mais amplos, como é o caso das já citadas empresas multinacionais, onde não raramente reinam a pressão e a ansiedade. De resto, assim será, também, em virtude até da maior dimensão das infraestruturas e das mais complexas dinâmicas relacionais e hierárquicas existentes na organização empresarial, por oposição a empresas de menor dimensão.

Parece amplamente justificada a opção legislativa de regular distintamente esta como outras matérias em função da dimensão ocupacional da empresa, sendo compreensível o tratamento distinto dispensado a realidades empresariais de natureza totalmente díspar como são, a título exemplificativo, as das micro⁶⁹ e grandes empresas⁷⁰. Contudo, vejamos: não disporá uma empresa de seis trabalhadores, porventura, de uma estrutura hierárquica? Estará esta mais desprovida de uma dinâmica relacional entre os seus diferentes elementos do que aquela constituída por sete trabalhadores? Levantamos as maiores reservas quanto a esta distinção, que concebemos ser da maior relevância, tuteladora de um determinado grupo de empresas não o sendo de outras. Qual é, por conseguinte, a razão de ser de estabelecermos o limite, a fronteira, em empresas constituídas por sete trabalhadores?

A dúvida adensa-se e as interrogações sucedem-se quando constatamos que o CT contempla uma previsão específica – o art. 100º – estatuinto uma categorização própria, reguladora da dimensão da empresa para efeitos jus laborais.

Podemos concluir que, ao consagrar-se esta resposta legal, se reconhecem as diferentes características e natureza que as empresas assumem, em função da sua dimensão, por razões atinentes nomeadamente ao modo de funcionamento da empresa, às relações entre os seus trabalhadores, aos objetivos a que se propõem.

Todos estes serão, seguramente, fatores a considerar no momento de aferir da melhor forma de estabelecer normas de conduta, de comportamento, de relacionamento entre os vários elementos integrantes da empresa. Assim, não descortinamos motivo para

⁶⁹ Empresa com menos de 10 trabalhadores.

⁷⁰ Empresa com 250 ou mais trabalhadores.

que a classificação que *supra* explanámos seja totalmente ignorada pela Lei 73/2017. Se o legislador português pretende sustentar a adoção de Códigos de Conduta, pelas empresas, de modo diferenciado, em função da sua dimensão, tal não deveria ocorrer por via da obliteração da norma que, para efeitos jus laborais, regula a dimensão empresarial. Destarte, a solução mais facilmente sustentável assentaria na obrigatoriedade de adoção de Códigos de Conduta pelas empresas cujo número de trabalhadores fosse igual ou superior a dez.

Todavia, e se, como nos diz Catarina Carvalho, o critério ocupacional nos permite uma “maior facilidade de determinação, controlo e comparação”, importa não ignorar o carácter algo restritivo que assume uma conceção daquele mesmo critério exclusivamente assente no número de trabalhadores⁷¹. Não obstante a sua grande utilidade, este critério apresenta insuficiências relevantes, que tornam irrazoável “a atribuição de um monopólio a um único factor em prol de uma combinação de elementos quantitativos ou quantitativos/qualitativos expressivos dos diferentes aspectos relevantes na avaliação da dimensão da empresa⁷²”. Assim, a atribuição, ou não, de determinadas obrigações à empresa, no que concerne ao combate ao assédio no trabalho, não pode depender exclusivamente do seu número de trabalhadores, sendo, assim, desejável uma abordagem “multifuncional” e “multicritério⁷³”. Isto posto, e se os intentos subjacentes à alteração legislativa proposta e aprovada pelas diferentes bancadas parlamentares são, como já defendemos, louváveis e merecedores de aplauso, menos o serão, então, parece-nos, os métodos usados e as soluções implementadas, de cujo sucesso somos bastante céticos, pelas razões *supra* fundamentadas.

3.2.3. As consequências do incumprimento

A eficácia de uma norma depende, em boa medida, como sabemos, da sua coercibilidade. Por esse motivo, importará indagar das consequências do incumprimento, pelo empregador, da obrigação de adoção de Códigos de Conduta que, ora, sobre si recai. Na eventualidade da inobservância do dever legal de adoção de Códigos de Conduta, incorrerá o empregador em qualquer responsabilidade? De que tipo? Quais os meios de reação ao dispor do trabalhador?

Do desrespeito das obrigações constantes das diversas als. do art. 127º do CT poderão resultar consequências de diversa índole. Assim seja essa a vontade do trabalhador e grave a conduta do empregador, o trabalhador poderá até resolver, com justa causa, o contrato de trabalho, desde que assente nos fundamentos subjacentes ao n.º 2 do art. 394º do CT⁷⁴.

Ora, como vimos de constatar, a obrigatoriedade da adoção de Códigos de Conduta resulta de uma adição ao elenco de deveres do empregador. Poderá, assim, o trabalha-

⁷¹ Carvalho, 2011, p. 102.

⁷² Sobre os inconvenientes de um predomínio absoluto do critério ocupacional, Carvalho, 2011, pp. 102-106.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ A maioria da doutrina não concebe como taxativo o elenco de justas causas para resolução do contrato presente no n.º 2 do art. 394º do CT. *vide* Ramalho, 2015 e Gomes, 2007. Contrariamente, *vide* Fernandes, 2017, que o entende como tendencialmente taxativo.

dor, fundado na violação daquela obrigação, resolver o contrato com justa causa? Tal afigura-se-nos porventura excessivo, porquanto a não adoção de Códigos de Conduta não configura, *per se*, comportamento assediante, cuja prática consubstancia justa causa de resolução do contrato, à luz da nova al. f) do n.º 2 do art. 394º do CT, e, cremos, da sua al. d), porquanto a prática de assédio se nos afigura uma ameaça clara à saúde e segurança do trabalhador.

Todavia, não poderá o empregador, crê-se, resultar incólume. De facto, à não elaboração e vigência, na empresa, de um Código de Conduta contra o assédio laboral, corresponderá ainda a violação de deveres legais, designadamente de prevenção, pelo empregador. Assim, à mesma deverá corresponder uma sanção adequada e efetiva, em homenagem à coercibilidade da norma em causa.

Para o efeito, encararíamos como razoável a ponderação do incumprimento desta obrigação no momento da cessação do contrato de trabalho. Assim, e em sede do cálculo do *quantum* indemnizatório devido pelo empregador ao trabalhador, a inexistência do obrigatório Código de Conduta na empresa seria devidamente considerada, agravando o valor a ser pago pelo primeiro ao segundo. Assim, ver-se-ia o trabalhador ressarcido pelo incumprimento de uma garantia legal e o empregador adequadamente sancionado. A ser assim, a que título o faria? Porventura, tal solução teria o respaldo da responsabilidade por omissão.

Por ora, no entanto, e no que respeita às consequências da não elaboração e entrada em vigor dos Códigos de Conduta, pouco se sabe. Apenas se estipula, no n.º 7 do art. 127º do CT, que configura contraordenação grave a violação do disposto na al. k), sobre a qual nos debruçamos. O empregador incorrerá, então, em responsabilidade contraordenacional, assim se encontrando sujeito às consequências previstas na lei laboral. Contudo, tal tutela surge-nos, enquanto mecanismo coercivo, como insuficiente.

3.3. O conteúdo dos Códigos de Conduta

3.3.1. Da sua redação pelo empregador

À obrigatoriedade de adoção, pelas empresas, de Códigos de Conduta, acrescentou-lhe a mesma al. k) importante especificidade. Veio o legislador estipular, nesta mesma sede, o dever de os mesmos conterem preceitos tendentes à prevenção e ao combate ao assédio no trabalho. Em prol de uma mais fundamentada análise da bondade destes documentos, procedemos à análise de Códigos de Conduta contra o assédio já aprovados e em plena vigência, direcionada ao estudo da sua concreta estrutura, sistematização e conteúdo.

Por norma⁷⁵, dedica-se o primeiro capítulo dos mesmos à enunciação, introdutória, de um conjunto de princípios, gerais e porventura concretizados em termos insuficientes, que a empresa entende professar e promover, enquanto filosofia de atuação. São,

⁷⁵ Concluímos, após aprofundada pesquisa, pela escassez de Códigos de Conduta contra o assédio e pela sua inexistência nas grandes empresas e nas multinacionais, como é o caso das empresas integrantes do PSI20. No âmbito deste trabalho foram consultados os Códigos de Conduta da Confederação Nacional das Instituições de Solidariedade, da Associação das Indústrias de Madeira e Mobiliário de Portugal e da Direção-Geral do Emprego e das Relações de Trabalho.

aqui, repudiados quaisquer atos ou comportamentos que configurem assédio laboral, assumindo-se o compromisso de tudo encetar em prol da erradicação dos mesmos. Alerta-se, também, para a existência de mecanismos e procedimentos próprios da empresa, a adotar em face de situações de assédio, prevendo-se as correspondentes sanções.

Subsequentemente, os Códigos de Conduta ocupam-se da concretização do âmbito pessoal e das definições a que subjazem as diversas modalidades de assédio laboral.

De facto, e no que concerne ao primeiro aspeto, procura-se definir a quem se aplicam as disposições nele constantes, ali se dispondo que as normas em causa vincularão não só os trabalhadores e empregados da empresa como também todas as pessoas e entidades com quem aquela se relacione, designadamente os seus fornecedores. Ademais, e como se disse, procede-se a uma delimitação das noções de cada um dos diferentes tipos de assédio, assim se circunscrevendo em que consiste o assédio laboral (sexual ou *mobbing*).

Isto posto, elenca-se um conjunto de práticas e condutas interditas e intoleráveis, à luz da política empresarial vigente, que preceituarão, enunciemos a título exemplificativo, a proibição de comportamentos que promovam o isolamento de determinado trabalhador, a sua humilhação ou vexame, a desigualdade de tratamento em função de critérios pouco equitativos, nomeadamente ao nível das condições de trabalho e das oportunidades de formação ou desenvolvimento profissional. Importa realçar, ainda nesta sede, o evidente destaque que as matérias relativas ao assédio sexual e em razão do sexo, como flagelo social de assinaláveis proporções⁷⁶, assumem em sede da redação dos Códigos de Conduta.

De molde a conferir alguma coercibilidade e vinculação às normas e preceitos deles constantes, os Códigos de Conduta ocupam-se da criação e desenvolvimento de mecanismos e organismos atreitos ao tratamento de situações de assédio, assim se incentivando a sua denúncia pelas vítimas ou pelas testemunhas daquelas. Uma vez reportados os factos, nomear-se-á um instrutor, que será incumbido de os investigar detalhadamente, em termos estritamente confidenciais. Se tal se confirmar, proporá esse mesmo instrutor, aos mais altos responsáveis empresariais, uma possível sanção disciplinar, como consequência da prática de comportamentos de assédio. Àqueles mesmos responsáveis competirá decidir da bondade das sanções propostas e da sua consequente aplicação.

Finalmente, findo todo o procedimento a que *supra* aludimos, compromete-se a empresa a estudar, no contexto daquilo que definiu como a sua política de atuação socialmente responsável, aquilo que terá eventualmente falhado e a detetar as lacunas que possam ter proporcionado uma situação de assédio laboral.

Se é de aplaudir a obrigatoriedade da inclusão, nos Códigos de Conduta laboral, de normas especificamente tangentes à matéria do assédio, tal afigura-se-nos como insuficiente quando se constata permanecer na responsabilidade única do empregador a redação do conteúdo concreto das normas. De facto, incorre-se no risco de o responsável empresarial promover, naqueles moldes, determinados valores e princípios vagos,

⁷⁶ Sobre o tema, vide Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, *Assédio Sexual e Moral no Local de Trabalho*, 2016.

comummente aceites e praticamente unânimes, sem que, todavia, aos mesmos seja dado corpo ou carácter concreto e tangível, adequado ao particular contexto de cada empresa. A título exemplificativo, surgem-nos, como comandos constantes destes Códigos, preceitos como⁷⁷ “Os trabalhadores devem atuar tendo em vista a prossecução dos interesses da empresa” ou exigir “respeito pelos princípios de não discriminação e de combate ao assédio no trabalho”; “Desvalorizar e desqualificar sistematicamente o trabalho de colegas ou subordinados”; “Promover o isolamento social”; “Estabelecer sistematicamente objetivos impossíveis de atingir ou prazos impossíveis de cumprir”. De facto, de pouco nos servirá a redação e o afirmar de um leque mais ou menos abrangente de valores morais e comunitários intransigíveis, sem prejuízo das boas intenções subjacentes, se aos mesmos não for dada concretização prática. Mais premente se revelará esta questão quando conscientes do carácter tipicamente subtil e sub-reptício das condutas assediadas, que primam pela discrição. Urgiria, assim, a consciencialização, por parte das instâncias responsáveis, designadamente do legislador nacional e europeu, da necessidade de implementação de comandos mais consistentes e objetivos, de molde a ver atingidos os intentos por si definidos⁷⁸. Esta meta ver-se-ia, porventura, mais facilmente atingida mediante a proibição de comportamentos como: “ameaças de despedimento recorrentes”, “marcar o número de vezes que o trabalhador demora na casa de banho” ou, no âmbito do assédio sexual, vedar práticas como “Realizar telefonemas, enviar cartas, sms ou e-mails indesejados, de carácter sexual” ou “Repetir sistematicamente observações sugestivas, piadas ou comentários sobre a aparência ou condição sexual”.

3.3.2. A vinculatividade dos Códigos de Conduta

Como se disse em momento anterior deste trabalho, os Códigos de Conduta configuravam, previamente à aprovação da nova lei, instrumentos de carácter voluntário, em homenagem aos princípios fundadores da RSE. Ora, conceber as suas normas como vinculativas seria exercício de assinalável contorcionismo jurídico.

Assim, decorrendo, atualmente, os Códigos de Conduta de uma obrigação legal, encará-los-emos de distinta perspectiva. cremos, de facto, que às normas constantes daqueles instrumentos poderá incumbir, hoje, a função de detalhar e especificar aquilo que já decorre da lei, daí porventura decorrendo a obrigatoriedade de respeitar o seu conteúdo. Senão vejamos.

Ao abrigo da intervenção legislativa que originou as alterações sobre que dispomos, e ao ser enquadrada no art. 127º do CT, esta exigência consta como mais um dos deveres do empregador. De uma leitura global do artigo em causa, poder-se-á concluir que resultam como deveres do empregador “respeitar e tratar o trabalhador com urbanidade e probidade”, “proporcionar boas condições de trabalho, do ponto de vista físico e moral” e “prevenir riscos e doenças profissionais, tendo em conta a proteção da segurança e saúde do trabalhador, devendo indemnizá-lo dos prejuízos resultantes de acidentes de

⁷⁷ Código de Conduta da DGERT, consultado em <https://www.dgert.gov.pt/wp-content/uploads/2018/04/C%C3%93DIGO-DE-BOA-CONDUTA-PARA-A-PREVEN%C3%87%C3%83O-E-COMBATE-AO-ASS%C3%89DIO-NO-TRABALHO.pdf>, a 19/07/2018.

⁷⁸ A este propósito, *vide* Verona Marte & Santana Mateo, 2012 e Ceballos Molano, 2009.

trabalho”. Ora, e se nos ativermos somente a estes três preceitos, correspondentes às als. a), c) e g), respetivamente, do art. 127.º, por contraposição com as normas constantes dos Códigos de Conduta, forçoso é indagar se os comandos por estes emitidos não consubstanciarão, tão-só, útil concretização e detalhe das normas legais, delas decorrendo.

De facto, práticas ilícitas e inapropriadas que porventura configurem condutas assediadas não desrespeitarão o trabalhador na sua dignidade? Reunirá o trabalhador assediado as necessárias condições, a nível físico e moral, para uma adequada prestação do trabalho? Finalmente, o empregador que não previna adequadamente o surgimento de contextos de assédio laboral estará a prevenir, como é sua obrigação legal, doenças e acidentes profissionais, considerando a saúde e segurança do trabalhador? Sintetizando, não serão todas as práticas consubstanciadoras de assédio um frontal atentado aos mais básicos e fundamentais direitos dos trabalhadores, devidamente tutelados na lei, designadamente no citado art. 127º? Parece-nos manifestamente que sim, já que, ao consagrar na lei laboral deveres como o do respeito pelo trabalhador e o da garantia das suas condições de trabalhador, o legislador abrangerá, de todo em todo, as práticas de assédio.

O mesmo diremos, porventura, no que toca à estipulação, por via destes mesmos Códigos de Conduta, de novas normas e obrigações a recair sobre a esfera jurídica do trabalhador, a vigorar em simultâneo em instrumentos com a força da lei. Considerando o disposto nas diversas e sucessivas als. do art. 128.º do CT, eventuais práticas de assédio laboral não constituirão desrespeito pelos companheiros de trabalho, dever incumbente ao trabalhador pela al. a) do referido art.? E não se verá a al. j), garante do cumprimento das prescrições sobre saúde e segurança no trabalho, violada, na potencial ocorrência de práticas assediadas?

Afigura-se-nos, como decorrência do que *supra* alegámos, que a nova configuração dos Códigos de Conduta vocaciona as suas normas a uma concretização do conteúdo da lei, por definição geral e abstrata, assim melhor contribuindo para uma consciencialização e alerta de empregador e trabalhadores para aquilo que configura, ou não, prática assediada e, por conseguinte, ilícita. A ser assim, e se a vinculação à lei é por demais inegável, o mesmo se dirá das normas dos Códigos de Conduta, porquanto estas últimas decorrem das primeiras.

3.3.3. Os Códigos de Conduta vs. Regulamentos Internos

Questionamos, a propósito da conveniência e oportunidade do surgimento e, agora, obrigatoriedade da implementação de Códigos de Conduta, da sua coexistência com os sobejamente conhecidos regulamentos internos.

De facto, estão os mesmos legalmente previstos no preceito do art. 99º do CT. Ali se prescreve a possibilidade, concedida ao empregador, de, no exercício do seu poder regulamentar⁷⁹ e de direção⁸⁰ elaborar um regulamento interno de empresa sobre organização e disciplina do trabalho. Nele se consagra, desejavelmente, um leque de normas prescritivas de comportamentos a adotar pelos elementos integrantes da empresa, pros-

⁷⁹ Ramalho, 2016 e Fernandes, 2017.

⁸⁰ Martinez, 2017.

seguindo-se uma mais eficaz e menos conflituosa gestão dos recursos humanos, tendencialmente preventiva de conflitos laborais. A título de exemplo, sobreleva-se, naqueles, o elencar dos valores e princípios pelos quais se rege a instituição; o modo de funcionamento dos períodos de faltas e férias; a exposição dos direitos e deveres incumbentes aos trabalhadores e respetivas consequências na eventualidade do seu incumprimento; as diversas modalidades de horário praticadas no âmbito do funcionamento da empresa; o sistema de vencimentos, prazos, apresentação de despesas ou subsídios; o arrolamento das regras conducentes à garantia de condições de higiene, saúde e segurança no trabalho; a definição e regulamentação da utilização do espaço de trabalho e dos recursos informáticos e da empresa.

Posto isto, surge-nos como pertinente indagar da possibilidade de, por via dos regulamentos internos, prosseguir os mesmos⁸¹ desígnios de erradicação do assédio para os quais se encontram vocacionados os novos Códigos de Conduta obrigatórios. De facto, e pelo que *supra* pudemos aferir, os objetivos e propósitos a que os Códigos de Conduta laboral se parecem propor afiguram-se-nos identicamente prosseguidos e eventualmente atingidos através dos regulamentos internos da empresa. Ademais, para esta ideia concorrerá, conjuntamente, o facto de o CT prever, no n.º 4 do art. 99.º, a possibilidade de tornar obrigatória, por IRCT, a elaboração dos regulamentos internos, num claro reconhecimento da sua valia. Resultará reforçada a ideia *supra* exposta quando a ela se acresce o facto de do conteúdo dos regulamentos internos emanar um carácter inevitavelmente vinculativo⁸² e se ver assegurada a exigibilidade das suas normas, cujo cumprimento se revela judicialmente exigível. A sua infração poderá, desta forma, conduzir à responsabilização do trabalhador ou do próprio empregador incumpridor.

Assim, importa sublinhar que, no paralelismo entre este instrumento e os Códigos de Conduta, poderá ocorrer uma similitude e conseqüente sobreposição das normas de que ambos se munem. Parecem os regulamentos internos poder desempenhar, de forma satisfatória, as incumbências a que os Códigos de Conduta surgem alocados, afirmando mesmo Monteiro Fernandes⁸³ serem os regulamentos internos “verdadeiros Códigos de Conduta”.

3.3.4. Os Códigos de Conduta e a negociação coletiva

A figura da negociação coletiva é encarada pelo legislador como um meio privilegiado na prossecução da paz social e de um mercado de trabalho tão equilibrado quanto possível, permitindo a definição de regimes laborais mais adaptados a cada contexto⁸⁴. Como defende Monteiro Fernandes⁸⁵, a negociação coletiva “cristaliza juridicamente a dinâmica social dos interesses profissionais”. Por conseguinte, plasma-se, no art. 485.º do CT, que “o Estado deve promover a contratação coletiva, de modo que as convenções coletivas sejam aplicáveis ao maior número de trabalhadores e empregadores”.

⁸¹ António José Moreira adverte que os regulamentos internos, podendo estipular normas sobre disciplina na empresa, não podem criar sanções disciplinares. Abrantes, 2004.

⁸² Valdés Alonso, 2013.

⁸³ Fernandes, 2017, pp. 242 e 243.

⁸⁴ Leitão, 2016.

⁸⁵ Fernandes, 2017, p. 364.

Creemos, de facto, que a preferência do legislador recai nos IRCT pela amplitude que a negociação coletiva pode garantir. De facto, abrangendo aquela um número alargado de trabalhadores, mais facilmente se acautelarão os interesses de uma fatia maior dos trabalhadores. Mediante o seu aval e contributo, numa redação conjunta de um documento uno que a todos os envolvidos satisfaça, maior será a probabilidade do seu efetivo cumprimento. Ademais, a solidez e estabilidade que são conferidas pelos IRCT refletem-se, ainda, no disposto no art. 476.º do CT. Ali se preceitua a impossibilidade de o contrato de trabalho afastar o regime de um IRCT, excetuando os casos em que estabeleça condições mais favoráveis para o trabalhador.

Assim, parecem inegáveis, pelas características a que *supra* aludimos, os ganhos a obter com a preceituação, em sede de IRCTs, de disposições⁸⁶ tendentes ao combate ao assédio, tendo por finalidade, e em alternativa ou simultaneidade com os Códigos de Conduta, uma melhor concretização do já disposto em lei.

Todavia, sobreleva-se aquilo que poderá configurar uma fragilidade relativa em contraposição com os Códigos de Conduta. Se a vinculação e coercibilidade estão asseguradas pelos IRCT, tal será apenas aplicável aos trabalhadores e empregadores filiados numa associação sindical ou patronal subscritora do acordo em causa. A não ser assim, e na ausência de portaria de extensão que promovesse a sua aplicação a um mais amplo leque de pessoas e entidades, dir-se-á que o combate ao assédio se veria significativamente coartado e amputado nos seus objetivos.

3.3.5. A efetividade das normas dos Códigos de Conduta

Distinto problema será o da eficácia da fiscalização do cumprimento dos Códigos de Conduta. De facto, para efeitos da avaliação da sua utilidade, são também deveras relevantes os termos em que os mesmos veem fiscalizado o cumprimento do seu conteúdo.

Coloca-se-nos, a este propósito, a questão de saber se devem as empresas, subscritoras do acordo em causa e redatoras das normas que os constituem, serem, também

⁸⁶ Encontram-se previstas, no art. 488º do CT, as matérias às quais deverá ser atribuída prioridade em sede de negociação coletiva. Conclui-se serem estas a retribuição, a duração e organização do tempo de trabalho e as questões relativas à segurança e saúde no trabalho. Não se desmerece, sob qualquer prisma, o carácter relevantíssimo das matérias *suprarreferidas*, porquanto conformam as mesmas os aspetos essenciais da prestação de trabalho pelo trabalhador, enquanto simultaneamente regulam e garantem aqueles que são os seus direitos estruturantes, como o valor do salário, o tempo de descanso ou as condições de saúde e segurança. De facto, são mormente estas garantias que asseguram o equilíbrio das relações de trabalho. Ora, o assédio laboral conforma um ataque aos direitos mais básicos do trabalhador, fundamentalmente tutelados no âmbito das matérias constantes do art. 488º do CT. Destarte, forçoso será questionar a não inclusão das medidas de prevenção e combate ao assédio no trabalho naquele elenco. Se, pelas razões que já *supra* sobrelevámos, a negociação coletiva desempenha um papel de destaque no ordenamento laboral português, mais bem tutelada ficaria a realidade do assédio, assim entendemos, se subsumida ao conjunto de matérias a regular prioritariamente pela negociação coletiva. Também as instâncias comunitárias vêm promovendo a priorização da discussão do assédio no âmbito da negociação coletiva, embora (ainda) sem sucesso significativo, *vd.* Diretiva 2006/54/CE, art. 21º, n.ºs 2 e 3. Sobre o tema, Santos, 2017. Não obstante o que *supra* se alega, relevaria, ainda nesta sede, indagar se, no âmbito das matérias privilegiadas pelo art. 488º do CT, o assédio, como flagelo reconhecidamente atentatório das mais básicas condições de trabalho, não integrará já o âmbito da regulação das matérias alusivas à saúde e segurança. Creemos que se poderá defender esse entendimento.

elas, a entidade fiscalizadora do cumprimento dos mesmos. Como defende Eva Kocher⁸⁷, “uma norma considera-se mais ou menos efetiva consoante o possível infrator incorra, ou não, num determinado risco, no caso de a incumprir”. Para o efeito, e para que se possa munir as normas em causa da necessária coercibilidade, opta-se, geralmente, por delegar numa entidade terceira a autoridade e o poder de as fazer cumprir. Isto porque, como facilmente se depreenderá, o conteúdo das normas não vai, amiúde, ao encontro daquilo que é a vontade e o interesse mais imediato daqueles a quem as mesmas se dirigem, pelo que importa sobremaneira a definição de um ente externo e independente que garanta a sua efetividade, definindo, paralelamente, sanções e consequências concretas para aqueles que não respeitarem os preceitos em causa, e que pudesse dirimir os conflitos que amiúde surgem entre a empresa e os seus trabalhadores.

À empresa incumbia, em momento anterior à aprovação da nova lei, a fiscalização do cumprimento dos Códigos, em função do seu carácter opcional e voluntário. Tal afigurava-se-nos pouco recomendável, uma vez que a mesma, como parte interessada, dificilmente fará uma avaliação isenta e imparcial dos factos, atestando a retidão, ou não, das suas práticas, porventura assediantes, antes de zelar pelos seus próprios interesses. E, ainda que a violação das normas de conduta fosse imputável a um trabalhador, em lesão de um outro, não nos parece implausível admitir o risco de o empregador, desinteressado na existência de conflitos, choques internos e até em eventual propaganda exterior negativa que deles pudesse resultar, tendesse a desvalorizar, mitigar e silenciar comportamentos menos corretos, quiçá assediantes, passíveis de sanção. Tal decorrerá, até, da natureza discreta e pouco evidente destas mesmas condutas que, se não devidamente denunciadas e identificadas, votar-se-ão ao desconhecimento geral e à impunidade. Apenas se poderia eventualmente alvitrar a responsabilização da empresa por concorrência desleal⁸⁸ ou publicidade enganosa, coadjuvada pela censura mediática, promovida pelos meios de comunicação social⁸⁹.

Como já foi oportunamente realçado noutros momentos do nosso trabalho, configuramos, hoje, e por via da obrigação legal de adoção de Códigos de Conduta, os seus preceitos como decorrentes das normas legais, àqueles se incumbindo o detalhe e pormenorização destas últimas. Por conseguinte, a ambos atribuímos idêntico grau de vinculatividade.

Alicerçados nesta premissa, julgamos estar devidamente ultrapassada a debilidade a que *supra* aludimos, concernente aos débeis ou inexistentes mecanismos de fiscalização externa do cumprimento do conteúdo dos Códigos de Conduta. Isto porque se, como defendemos, as normas dos Códigos de Conduta se revestem da força jurídica da lei, nada obstará a que o seu incumprimento seja objeto de ação judicial, ao mesmo sendo extensíveis os procedimentos análogos e sanções aplicáveis à violação das normas legais.

Todavia, a sua efetividade poderá resultar lacunosa se atendermos ao problema que *supra* enunciámos, relativo ao conteúdo concreto dos Códigos de Conduta. Parece-nos desaconselhável que incumba exclusivamente ao empregador a redação das nor-

⁸⁷ Kocher, 2011, pp. 104-106.

⁸⁸ Valdés Alonso, 2013 e Tascón López, 2012.

⁸⁹ Valdés Alonso, 2013.

mas. Tantas vezes sobreposta a figura do empregador com a do assediador, será, de todo em todo, do interesse do responsável empresarial a redação daquelas em termos vagos e difusos, de difícil exame. Assim, resultaria porventura dificultada a prova do incumprimento dos mesmos, porquanto não se encontrariam suficientemente definidos os limites e alcance das normas, mormente em matéria como o assédio, que prima pelos comportamentos dúbios e discretos.

4. Os novos-deveres do empregador quanto ao assédio laboral

Das alterações legislativas decorrentes da aprovação da Lei 73/2017 resultou a al. l) do art. 127.º do CT, do qual emana a obrigação, a impender sobre o empregador, de instaurar um procedimento disciplinar sempre que tiver conhecimento de alegadas situações de assédio no trabalho, assim se visando uma maior responsabilização das chefias, tantas vezes cúmplice por omissão de contextos daquela natureza.

4.1. O poder-dever disciplinar do empregador

O poder disciplinar é concebido, por uma maioria doutrinal⁹⁰, como corolário do poder de direção⁹¹ e encontra-se previsto no art. 98º do CT. Deste preceito se conclui que aquele resulta e depende do contrato de trabalho, conformando uma relação de subordinação jurídica⁹² naturalmente desequilibrada e de clara supremacia⁹³ e domínio do empregador sobre o trabalhador.

Monteiro Fernandes define-o como o poder de “aplicar, internamente, sanções aos trabalhadores cuja conduta conflitue com os padrões de comportamento definidos na empresa ou se mostre inadequada à correcta efectivação do contrato⁹⁴”. Como nos diz Rosário Palma Ramalho⁹⁵, o poder disciplinar desdobra-se em duas distintas vertentes: a ordenatória ou prescritiva e a sancionatória ou punitiva. Se, no que diz respeito à primeira, consiste aquela na definição de regras de comportamento e disciplina no seio da organização, a faceta sancionatória destina-se a punir o trabalhador que culposamente adote qualquer conduta que represente uma violação de algum dos deveres contratuais a que está obrigado. Destina-se, ainda, e nas palavras de Bernardo Lobo Xavier⁹⁶, a garantir o cumprimento das prestações de trabalho e a uma “recondução rápida do trabalhador à execução dos deveres”.

Mais importará, nesta sede, e para melhor definição do alcance da norma em análise, identificar a natureza fundadora do poder disciplinar e o carácter, opcional ou obrigatório, do seu exercício, pelo empregador. Na perspetiva de Guilherme Dray⁹⁷,

⁹⁰ Ramalho, 1993. A autora identifica situações em que o exercício do poder disciplinar não deriva do poder diretivo.

⁹¹ Sobre o poder de direção, Assis, 2005, Ramalho, 2015, Fernandes, 2017, Martinez, 2017 e Abrantes, 2004.

⁹² Situações há em que o empregador exerce o poder disciplinar sem que o trabalhador em causa esteja ao seu serviço. A este propósito, Lambelho & Gonçalves, 2012.

⁹³ Dray, 2015.

⁹⁴ Fernandes, 2017, p. 243.

⁹⁵ Rosário Palma Ramalho, 2016.

⁹⁶ Xavier, 2018, p. 427.

⁹⁷ Dray, 2015.

representativa do entendimento dominante, aquele é encarado como uma faculdade⁹⁸ do empregador, configurando um poder autónomo deste, destinado a responsabilizar e punir os trabalhadores que desrespeitem os deveres contratuais a que estão obrigados, sempre que tal conflua com a vontade do empregador. Resultará, assim, complementada a ideia de Rosário Palma Ramalho⁹⁹, que rotula o poder disciplinar como um direito de conteúdo egoísta, unicamente orientado à prossecução dos interesses do empregador, que dele fará uso discricionário¹⁰⁰ sempre que o considerar oportuno. Consubstanciará, e ainda de acordo com o entendimento desta autora, um *direito subjetivo potestativo*, porquanto não está o empregador forçado a dele fazer uso quando confrontado com uma infração disciplinar. Todavia, se exercer essa faculdade, alterará inapelavelmente a esfera jurídica do trabalhador¹⁰¹.

4.1.1. Uma mudança de paradigma?

Como já *supra* se referiu, e fundado na nova al. l) do art. 127º do CT, sobre o empregador recai, presentemente, uma obrigação de intervenção, mediante instauração de procedimento disciplinar, quando confrontado com a existência de focos de assédio laboral na sua empresa.

Perante tal inovação legislativa, e sempre considerando o que previamente plasmámos sobre a natureza do poder disciplinar, julgamos relevante questionar uma eventual mudança de paradigma porventura originada nesta Lei 73/2017. De facto, soergue-nos como possível a intenção do legislador em configurá-lo em diferentes moldes. Se outrora, como vimos, ao poder disciplinar fora atribuída uma veste de direito subjetivo, cujo exercício, não obstante delimitado e condicionado¹⁰², constituía uma opção, voluntária, do empregador, consagrará-lo-á ora o legislador como um poder-dever, um mecanismo de uso obrigatório, pelo mesmo empregador, perante contextos de assédio? Tal parecer-nos-á juridicamente defensável.

Como nos diz Júlio Gomes¹⁰³, o poder disciplinar visa, simultaneamente, garantir e promover a “paz na empresa” e as melhores condições de trabalho possíveis a todos os seus elementos. Se tal se destina, naturalmente, à prossecução dos interesses empresariais e de gestão, não é de somenos recordar o princípio da proteção do trabalhador¹⁰⁴, como parte mais débil do contrato de trabalho. É à luz desse mesmo princípio e da própria razão de ser do direito do trabalho que se conforma um leque de direitos e garantias do trabalhador, dos quais destacamos os direitos de personalidade, plenamente aplicáveis no âmbito do Código de Trabalho.

⁹⁸ Pinto, 2009 e Xavier, 2018.

⁹⁹ Ramalho, 2016.

¹⁰⁰ Dray, 2015.

¹⁰¹ Não obstante aqui se plasme aquela que é a doutrina maioritária, não se poderá obliterar aqueles que se lhe opõem, encarando o poder disciplinar como um poder-dever do empregador. Veiga, 1995, p. 385. Domenach-Vennin, *Pouvoir ou Droit disciplinaire dans l'entreprise privée*, Thèse pour le Doctorat en Droit, Université de Lyon II, 1973, p. 37, *apud* Gomes, 2007 e Correia, 1984, p. 156.

¹⁰² Ramalho, 2016 e Gomes, 2007.

¹⁰³ Gomes, 2007, pp. 885 e 886.

¹⁰⁴ Dray, 2015.

De entre os mesmos, sublinhe-se o contido no art. 15º do CT, em que é garantido o direito à integridade física e moral do empregador e dos trabalhadores. Ao empregador é atribuído, nos termos do art. 15º da Lei 102/2009, um conjunto de incumbências tendentes a garantir ao trabalhador a prestação de trabalho em condições de segurança e saúde, não se reduzindo a posição do primeiro a uma “expressão do dever universal de respeito”¹⁰⁵ pelos bens do segundo. Antes se configura, crê-se, um *dever de prestar*¹⁰⁶ e o correlativo direito de crédito do trabalhador. Por conseguinte, a obrigação, a recair sobre o empregador, de atuar disciplinarmente sobre incidentes de assédio mais não configurará do que o cumprimento dos deveres do empregador. Estará este, então, obrigado a intervir, não podendo ignorar comportamentos de tal relevância e de consequências potencialmente tão gravosas e atentatórias dos mais básicos direitos do trabalhador.

O aplauso à solução propugnada estender-se-á tanto quanto, como já foi oportunamente lembrado no âmbito deste trabalho, não são raras as vezes em que o empregador, receoso da instabilidade e, sobremaneira, da publicidade negativa¹⁰⁷ resultante do surgimento de conflitos laborais, opta, perante um contexto de assédio, por um comportamento cúmplice por omissão, ignorando os factos e a eles não pondo o necessário cobro.

Simultaneamente, parece-nos que esta recente solução legal procede, nos seus fundamentos, também da natural e crónica posição de fragilidade do trabalhador num contexto empresarial, designadamente em face do seu empregador e das estruturas hierárquicas. O poder de influência e autoridade deste último, associados ao frequente isolamento e vulnerabilidade a que o trabalhador se encontra votado, concorre para uma muito mais elevada probabilidade de sucesso de uma ação “musculada” e afirmativa do empregador. Do elenco de justas causas para resolução do contrato pelo trabalhador, consagrado no art. 394º do CT, consta o assédio no trabalho, designadamente ao abrigo da al. f), e, é nossa convicção, como já fundamentámos, da al. d) do referido artigo. Não obstante, e colocado numa posição de relativa vulnerabilidade, o trabalhador opta frequentemente por não reagir, assim silenciando a sua revolta.

Consubstancia esta, portanto, em nosso entender, e na senda do que *supra* se alega, mais uma medida de combate ao assédio no trabalho, instando-se o empregador a agir assertivamente perante comportamentos assediantes. Assim será até por via de uma conceção abrangente do poder disciplinar, propugnada por Júlio Gomes¹⁰⁸, que assenta num propósito de prevenção geral, atendendo às “consequências deste incumprimento sobre o ambiente laboral”. Se nos parece consensual a tese de que o exercício do poder disciplinar visa a prevenção especial, assim se desincentivando o prevaricador a reincidir na prática ilícita, entendemos que o mesmo se aplicará à globalidade dos trabalhadores da empresa. A instauração de procedimento disciplinar a um trabalhador que assedia um outro constituirá forte restrição e desestímulo à prática dos mesmos atos por outros trabalhadores. Redundarão, portanto, significativamente reduzidas, assim se pretende,

¹⁰⁵ Rouxinol, 2008, p. 122.

¹⁰⁶ Varela, 2000, p. 120.

¹⁰⁷ Hirigoyen, 2002.

¹⁰⁸ Gomes, 2007, p. 886 e Fernandes, 2017.

as situações em que o assediador resulta impune na sequência de tão censuráveis comportamentos.

4.1.2. Da (in)eficácia da norma

Questão distinta será, naturalmente, a de avaliar a eficácia desta medida. De facto, e se nos parecem seguramente de aplaudir os princípios e objetivos que à mesma subjazem, distintos problemas se nos colocam.

Se, então, ao mérito da obrigação da instauração do aludido procedimento disciplinar¹⁰⁹ nada se tem a obstar, indagar-se-á do curso que o mesmo seguirá e a que fim estará verdadeiramente destinado. Como se conclui pela leitura do preceito em análise, o empregador está adstrito à obrigação de instaurar procedimento disciplinar sempre que “tiver conhecimento de alegadas situações de assédio no trabalho”. Não se deverá, neste âmbito, obliterar a frequência com que a figura do responsável da organização se encontra sobreposta à do assediador. Ora, no tecido empresarial português proliferam as pequenas empresas, pelo que se revela frequente a administração e gestão das mesmas por um só administrador ou dirigente. Nestes casos, não haverá quem, em nome do empregador, informado de uma situação de assédio, possa perante ela agir, nos termos da al. l) do art. 127º do CT.

Ainda que assim não seja, importará lembrar que todo o processo, numa primeira fase, se desenrola internamente, sendo a averiguação dos factos e eventual definição de sanção da responsabilidade dos órgãos internos da empresa, amiúde atreitos ao empregador e aos seus interesses. Destarte, incorre-se no risco de, uma vez instaurado o procedimento disciplinar, o mesmo se vir a revelar inócuo e improcedente, em virtude da influência que o empregador, tantas vezes assediador, nele possa ter.

4.1.3. Do incumprimento da norma

Paralelamente à responsabilidade¹¹⁰ civil, obrigacional ou aquiliana, ou responsabilidade penal¹¹¹ que possam eventualmente decorrer de uma situação de assédio, é mister, em sede deste trabalho, avaliar as consequências que daquela resultem para o âmbito da relação laboral.

Por efeito da alteração legislativa sobre cujos efeitos vimos discorrendo, nomeadamente pela nova al. f) do n.º 2 do art. 394º do CT, emana a possibilidade de o trabalhador fazer cessar unilateralmente o contrato nos casos em que veja ofendida a sua “integridade física ou moral, liberdade, honra ou dignidade”, “incluindo a prática de assédio denunciada ao serviço com competência inspetiva na área laboral, praticada pelo empregador ou seu representante”. Tal solução, se não nos suscita especiais reparos, por vir sublinhar a demanda do legislador contra o assédio no trabalho, também não nos parece imprescindível, porquanto entendemos subsumir-se a natureza e consequências da prática de atos de assédio ao preceito da al. d) dos mesmos n.ºs e art.

¹⁰⁹ Sobre o procedimento disciplinar laboral, *vd.* Sousa, 2017.

¹¹⁰ Pinheiro, 2013.

¹¹¹ Molina Navarrete, 2018.

Ora, na senda do que *supra* se dispõe, julgamos poder aventar-se a possibilidade, que cremos harmónica com a Lei, de, na eventualidade de o empregador não proceder à instauração de um procedimento disciplinar tendente à averiguação de atos de assédio de cujos indícios tenha conhecimento, tal poder conduzir à resolução do contrato, com justa causa, pelo trabalhador. Constituiria esta, então, uma resposta cabal à inércia do empregador, tantas vezes fundada nas razões de gestão e interesses empresariais a que já fizemos referência.

Tal convicção resulta reforçada pela posição de Milena Rouxinol¹¹², quando a autora concebe a obrigação de saúde e segurança do empregador como uma obrigação de resultado e não uma simples obrigação de meios. Ao empregador é exigível, nos termos do art. 281º, n.º 2, do CT, “assegurar aos trabalhadores condições de segurança, higiene e saúde em todos os aspetos relacionados com o trabalho”, a ele se atribuindo, em resultado da particular estrutura e dinâmica da relação laboral, o domínio de todos os fatores tendentes à garantia e efetivação daquelas mesmas condições. Assim, e ainda que o empregador não seja o assediador, tal não o eximirá de responsabilidades no caso de não dar cumprimento àquela obrigação de garantir o resultado, pelo que o trabalhador disporia sempre do recurso às já aludidas als. d) e f) do n.º 2 do art. 394º, assim resolvendo o contrato de trabalho, com justa causa, por violação das condições de segurança e saúde, como vítima de assédio no trabalho.

Não obstante este nosso entendimento, também no que respeita a esta dimanação da nova lei devemos realçar o ruidoso silêncio que a mesma protagoniza face às consequências da inobservância destas novas diretrizes. De facto, apenas se prevê, no n.º 7 do mesmo art. 127º, que o desrespeito pelo estipulado naquela al. l) constituirá contraordenação grave, da mesma decorrendo a possível aplicação das sanções previstas na lei laboral.

4.2. A proteção do *whistleblower*

Num outro vetor das alterações introduzidas pela Lei 73/2017, promoveu-se e desenvolveram-se os meios necessários ao reporte de situações de assédio.

Nesse âmbito, ao art. 29º do CT foi adicionado o n.º 6, cujo escopo é o incentivo à denúncia de situações de assédio. Ali se estipula a proibição de aplicar sanção disciplinar aos denunciantes e às testemunhas de assédio, a menos que atuem com dolo, “com base em declarações ou factos constantes dos autos de processo, judicial ou contraordenacional, desencadeado por assédio até decisão final, transitada em julgado, sem prejuízo do exercício do direito ao contraditório”.

Ademais, também o n.º 2 do art. 331º do CT, através da sua al. b), confere proteção àquele que é também denominado *whistleblower*, considerando abusivo o despedimento ou outra sanção, deliberada até um ano após a denúncia ou outra forma de exercício de direitos relativos a assédio.

¹¹² Rouxinol, 2008. O *Cour de Cassation* subscreveu este entendimento numa situação de assédio moral, em que o empregador, não obstante não se lhe poder assacar qualquer juízo de culpa, não vê afastada a sua responsabilidade.

Contudo, não obstante o que *supra* se diz, cremos poderem revelar-se estas medidas insuficientes e ineficientes. Isto porque, nos casos em que a denúncia é dirigida aos foros internos¹¹³ da empresa, se aquela permitir, ao empregador, corrigir erros e alterar o funcionamento da organização, a queixa ou a delação de factos pode igualmente conduzir a retaliações, assim se criando um clima de conflito e pressão sobre o trabalhador denunciante.

De facto, e ainda que impossibilitado, como se viu, de, nestas circunstâncias, despedir ou sancionar gravosamente o trabalhador denunciante, o empregador perpetua, quiçá acentuando, as práticas de assédio. Amiúde, e não sendo o seu contexto laboral suportável, o trabalhador termina ele mesmo por resolver o contrato, atendendo à vontade última do empregador.

5. Considerações conclusivas

É insofismável o reconhecimento do assédio laboral, nas suas diversas vertentes e expressões, como um flagelo de dimensão global, decorrente de múltiplas e relevantíssimas metamorfoses do mercado e seu funcionamento. Como elemento fundamental e nevrálgico de todo um sistema, porém o elo mais fraco do mesmo, ao trabalhador pouco resta senão aceitar as “regras do jogo”, tantas vezes pressionado, chantageado, menosprezado. Temeroso da perda do seu sustento, e ciente da sua posição de relativa inferioridade, opta não raras vezes pelo silêncio em face de comportamentos tão eticamente intoleráveis como causadores de graves danos físicos e psicológicos, profissionais e pessoais.

Alertado para esta realidade, está bem o legislador quando opta por intervir na regulamentação desta matéria, no âmbito da Lei 73/2017. Objeto de amplo consenso de todas as bancadas parlamentares, louva-se a iniciativa e a intenção de colmatar lacunas e suprir deficiências na prevenção e combate ao assédio.

De entre os instrumentos estreados pela vigência deste diploma, destacamos os Códigos de Conduta, como mecanismo surgente da RSE. À mesma reconhecemos inegociáveis méritos, designadamente o de permitir a vinculação, por uma empresa, autónoma e voluntariamente, a um conjunto de princípios, obrigações e metas, adequadas ao contexto concreto e individual da organização, transcendentem à letra da lei, como sabemos, geral e abstrata. Não obstante, a voluntariedade e talvez excessiva discricionariedade das medidas, a sua parca publicitação, os mecanismos de fiscalização sobremaneira frágeis e o reduzido envolvimento dos trabalhadores na delineação das medidas arriscam votá-las, amiúde, ao fracasso.

No que tange aos Códigos de Conduta contra o assédio laboral, a obrigatoriedade da sua adoção, por algumas empresas, no respeito por critérios de dimensão empresarial questionáveis, poderá transmutar as suas normas numa decorrência e emanação da lei, conferindo às primeiras a vinculação que se reconhece a esta última, e que importa contrapor à dos IRCT e à dos regulamentos internos. Todavia, permanece na responsabilidade exclusiva do empregador a redação do conteúdo dos Códigos de Conduta. Disso

¹¹³ Gomes, 2007.

poderá resultar a mera reprodução, naquela sede, das normas legais, ou virem os novos preceitos, assim padecendo do problema simétrico, reduzir-se, nem sempre com o ativo contributo dos seus colaboradores, à redação de um conjunto vago de valores. A insuficiência da sua concretização e o seu escasso alcance prático, mormente quando nos debruçamos sobre matéria de tão difícil escrutínio como é a do assédio, resultariam prejudiciais à fiscalização dessas mesmas normas.

Noutra dimensão do alcance deste novo diploma legal, realça-se ainda o agora inequivocamente obrigatório exercício do poder disciplinar, pelo empregador, quando confrontado com situações de assédio. Estudada a natureza do poder disciplinar, visando-se aferir da legitimidade da norma, conclui-se, no âmbito deste trabalho e no nosso entendimento, pela sua bondade, assim se conferindo àquela prerrogativa do empregador uma natureza de poder-dever. Embora não se nos afigurem evidentes as potenciais consequências decorrentes da inércia do empregador nesta matéria, aplaudiríamos, pela sua defensabilidade, a possibilidade de o trabalhador resolver o contrato de trabalho pelo incumprimento do primeiro em garantir as necessárias condições de segurança e saúde do trabalhador, no âmbito da prestação de trabalho. Não obstante, não deixamos de sublinhar a fragilidade relativa da medida porquanto, nos casos em que a figura do empregador coincida com a do assediador, a fiscalização e responsabilização pelas práticas de assédio resultará porventura inócua.

Das alterações legais vertidas na Lei 73/2017, resultou, ainda, um reforço da proteção do *whistleblower*, como são designadas as testemunhas e denunciantes de atos de assédio. Se se subscrevem as intenções da medida, alerta-se para as possíveis consequências inerentes à delação de comportamentos desviantes na empresa, pelos riscos de retaliação interna em que o trabalhador incorre.

Constata-se, então, em nosso entender, que os mecanismos desenvolvidos e os instrumentos criados, não obstante configurem importante desenvolvimento no combate ao assédio, enfermam de um conjunto de fragilidades e suscitam dúvidas que importa suprir e esclarecer. A assim não suceder, e pelo que *supra* alvitramos, poderão as reconhecidas boas intenções do legislador redundar não concretizadas.

Referências bibliográficas

- ABRANTES, J.J. (2004). O Código do Trabalho e a Constituição. In *Estudos sobre o Código do Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ABRANTES, J.J. (2018). O poder disciplinar: A necessária caminhada para o Direito. In *Congresso Europeu de Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina.
- ABREU, C. (coord.) (2010). *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. 1. Coimbra: Almedina.
- ABREU, C. (2009). *Curso de direito comercial – Volume II: Das sociedades*, 3.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- AMADO, J.L. (2009). As faces do assédio. *RDES*, n.º 33, pp. 117-119.
- AMADO, J.L. (2018). Pessoal e profissional: entre o romance e o assédio. Comentário ao Acórdão da Relação de Évora, de 14/09/2017. *QL*, n.º 52, pp. 157-183.
- ASSIS, R. (2005). *O poder de direcção do empregador: Configuração geral e problemas actuais*. Coimbra: Coimbra Editora.
- BAZ TEJEDOR, J.A. (2008). Responsabilidad social empresarial laboral: Especial referencia a la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. *RDS*, pp. 95-122.
- CARVALHO, C.O. (2011). *Da dimensão da empresa no direito do trabalho – Consequências práticas da dimensão da empresa na configuração das relações laborais*. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora.
- CEBALLOS MOLANO, R. (2009). Responsabilidad de empleadores y trabajadores frente al acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo subordinado. *Novum Jus*, vol. 3, n.º 1, pp. 225-262.
- Comissão Europeia (2001). *Livro Verde: promover um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas*. Bruxelas.
- Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego (2016). *Assédio sexual e moral no local de trabalho*. Lisboa.
- CORREIA, B. (1984). *Direito do trabalho*, vol. 1. Universidade Católica Portuguesa.
- COSTA, A.C.R. (2012). O acto suicida do trabalhador – a tutela ao abrigo dos regimes das contingências profissionais. *QL*, n.º 40, pp. 203-251.
- COSTA, A.C.R. (2014). O ressarcimento dos danos decorrentes do assédio moral ao abrigo dos regimes das contingências profissionais. In Pena, J.R. (coord.). *O assédio no trabalho*. Lisboa: CEJ, pp. 19-75.
- DRAY, G. (2015). *O princípio da proteção do trabalhador*. Coimbra: Almedina.
- FABREGAT MONTFORT, G. (2010). El acoso laboral desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales: breves apuntes. *Lan Harremanak*, n.º 23, pp. 137-153.
- FAUCHÈRE, B. (2006). La responsabilidad social de las empresas y los códigos de conducta: Nuevos retos o viejos debates. *Lan Harremanak*, n.º 14, pp. 93-124.
- FERNANDES, A.M. (2017). *Direito do trabalho*, 18.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- GOMES, J. (2014). Algumas observações sobre o *mobbing* nas relações de trabalho subordinado. In PENNA, J.R. (coord.). *O assédio no trabalho*. Lisboa: CEJ, pp. 109-126.
- GOMES, J. (2007). *Direito do trabalho – Vol I: Relações individuais de trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora.

GOMES, J. (2014). Um direito de alerta cívico do trabalhador subordinado (ou a proteção laboral do *whistleblower*). *RDES*, pp. 127-160.

GÓMEZ MUÑOZ, J.M. (2012). Responsabilidad social de la empresa y globalización. In *Estudios sobre derecho y responsabilidad social en un contexto de crisis*. Madrid: Ediciones Cinca.

HERNÁNDEZ, J. (2006). Las empresas transnacionales españolas en América Latina. Los Códigos de Conducta como sistemas atípicos de regulación de las relaciones laborales. *Lan Harremanak*, n.º 14, pp. 125-174.

HIRIGOYEN, M.F. (1998). *Le harcèlement moral*. Retirado de <http://hirigoyen.free.fr>.

HIRIGOYEN, M.F. (2002). *O assédio no trabalho – Como distinguir a verdade*. Lisboa: Pergaminho.

KOCHER, E. (2011). La responsabilidad social de las empresas (RSE): Se trata de una escenificación lograda? In Tovar, J.A. & Vega, B.V. (coord.). *La responsabilidad social de las empresas en España: Concepto, autores e instrumentos*. Albacete: Editorial Bomarzo, pp. 95-110.

LAMBELHO, A. & GONÇALVES, L.A. (2012). *Poder disciplinar e justa causa de despedimento*. Lisboa: Quid Iuris.

LEITÃO, L.M. (2016). *Direito do trabalho*, 5.ª Edição. Coimbra: Almedina.

LUELMO MILÁN, M.A. (2012). *La responsabilidad social corporativa en el ámbito del derecho laboral*. Coruña: Nerbiblo.

MARCOS SÁNCHEZ, J. (2000). *Negociación colectiva y código de conducta: Diagnóstico y propuestas para los sindicatos de Nestlé en América Latina*. OIT/AECI.

MARTINEZ, P.R. (2017). *Direito do trabalho*, 8.ª Edição. Coimbra: Almedina.

MARTINEZ, P.R., MONTEIRO, L. M., VASCONCELOS, J., BRITO, P. M., DRAY, G. & SILVA, L. G. (2017). *Código do trabalho anotado*, 11.ª Edição. Coimbra: Almedina.

MEJÍAS, A. (2008). Presión laboral tendenciosa. Medios de protección. In Mejias, A., Vaya, E. J. C., & Navarro, M.A.G. *El acoso laboral antes llamado mobbing*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 171-223.

MOLINA NAVARRETE, C. (2018), ¿Qué tutela judicial frente al mobbing?: “Crimen y castigo” o “riesgo e prevención”? – Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres 18/2018, de 9 de enero. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social. Comentarios, casos prácticos, recursos humanos*, n.º 423, pp. 162-174.

MORATO GARCÍA, R.M. (2014). *Códigos de comportamiento para directivos e trabajadores de la empresa multinacional en la dimensión laboral de la internacionalización de la empresa española*. Madrid: Ediciones Cinca.

MOREIRA, V. (2014). *Trabalho digno para todos*. Coimbra: Coimbra Editora.

PACHECO, M.G.R. (2007). *O assédio moral no trabalho: O elo mais fraco*. Coimbra: Almedina.

PEDRAZZOLI, M. (2007). Tutela della persona e aggressioni alla sfera psichica del lavoratore. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano 61, n.º 4, pp. 1119-1157.

PEREIRA, R.G. (2009) *Mobbing ou assédio moral no trabalho: Contributo para a sua conceptualização*. Coimbra: Coimbra Editora.

PINHEIRO, R.J. (2013). A responsabilidade civil dos agentes perante a vítima de assédio moral. *QL*, n.º 42, pp. 409-435.

PINÚEL Y ZABALA, I. (2001). *Mobbing – Cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*. Santander: Editorial Sal Terrae.

- PINTO, N.A. (2009). *Instituto disciplinar laboral*. Coimbra: Coimbra Editora.
- RAMALHO, M.R.P. (1993). *Do fundamento do poder disciplinar laboral*. Coimbra: Almedina.
- RAMALHO, M.R.P. (2015). *Tratado de direito do trabalho – Parte I – Dogmática geral*, 4.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- RAMALHO, M.R.P. (2016). *Tratado de direito do trabalho, Parte II – Situações laborais individuais*, 6.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- REBELO, G. (2014). Assédio moral e dignidade no trabalho. In Reis, J.P. (coord.). *O assédio no trabalho*. Lisboa: CEJ, pp. 91-107.
- REDINHA, M.R. (2014). Assédio moral ou *mobbing* no trabalho. In Reis, J.P. (coord.). *O assédio no trabalho*. Lisboa: CEJ, pp. 135-150. Retirado de http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/o_assedio_trabalho.pdf.
- ROUXINOL, M. (2008). *A obrigação de saúde e segurança do empregador*. Coimbra: Almedina.
- SANTOS, P.B. (2017). *Do assédio laboral. Pelo reenquadramento dogmático do assédio moral*. Coimbra: Almedina.
- SEQUEIRA, A.M. (2014). Do assédio no local de trabalho: um caso de flirt legislativo. Exercício de aproximação ao enquadramento jurídico do fenómeno. In Reis, J.P. (coord.). *O assédio no trabalho*. Lisboa: CEJ, pp. 75-90. Retirado de http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/o_assedio_trabalho.pdf.
- SOUSA, P.F. (2017). *O procedimento disciplinar laboral: uma construção jurisprudencial*, 2.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- TASCÓN LÓPEZ, R. (2012). Reflexiones sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad social de la empresa. In Ortiz, S.A. & Cumbre, L.L. (coord.). *Autonomía y heteronomía en la responsabilidad social de la empresa*. Granada: Editorial Comares, pp. 1017-1067.
- Unión Sindical de Madrid Región de CCOO (2002). Acoso psicológico en el trabajo (*mobbing*): Los efectos de la nueva organización del trabajo sobre la salud. Retirado de <http://www.redproteger.com.ar/biblioteca/13.pdf>.
- VALDÉS ALONSO, A. (2012). Códigos de Conducta: un instrumento para las relaciones laborales en un contexto de crisis. In *Estudios sobre derecho e responsabilidad social en un contexto de crisis*. Madrid: Ediciones Cinca, pp. 69-88.
- VALDÉS ALONSO, A. (2013). *Responsabilidad social de la empresa y relaciones laborales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- VARELA, J.M.A. (2000). *Das obrigações em geral*, 10.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- VEIGA, A.J.M. (1995). *Lições de direito do trabalho*, 6.^a Edição. Lisboa: Universidade Lusíada / SPB - Editores e Livreiros.
- VERONA MARTEL, M.C. & SANTANA MATEO, R. (2012). El *mobbing*: un problema ético en la gestión de empresas. *Ciencia y Sociedad*, vol. 37, no. 4, pp. 407-434.
- VICENTE ROJO, J. & CERVERA, A.M. (2005). *Mobbing o acoso laboral*. Madrid: Editorial Tébar.
- XAVIER, B.G.L., MARTINS, P.F., CARVALHO, A.N., VASCONCELOS, J. & ALMEIDA, T.G. (2018). *Manual de direito do trabalho*, 3.^a Edição. Lisboa: Verbo.
- ZABALA HIGUERA, L.A. (2002). Respuesta al acoso laboral. Programas y estrategias. *Cuaderno de Relaciones Laborales*, vol. 20, n.º 2, pp. 337-350.

Aliciamento ao homicídio: ainda instigação?
A responsabilidade criminal
pela tentativa fracassada de instigação

João Pedro Araújo Monteiro

Sob orientação da
Professora Doutora Maria Elisabete Ferreira

A Ele, pela existência...
A Eles, pelo ser e pelo estar...
A Ela, por aquilo que somos...
A Todos, por tudo...

Resumo

A doutrina e a jurisprudência debatem-se acesamente sobre a natureza da instigação: autoria ou participação? A par desta discussão, têm surgido correntes doutrinárias – com destaque para a posição de Conceição Valdágua – que visam uma reconstrução da teoria do domínio do facto formulada por Roxin, concretamente a reestruturação da autoria mediata, a fim de abrigar nesta categoria dogmática cenários claros de instigação.

Entre tais cenários, encontram-se as situações em que alguém tenta dolosamente convencer outro a assassinar uma terceira pessoa mediante a prestação de uma contrapartida. Em face da adesão conquistada por aquelas posições junto dos nossos tribunais, os cenários fácticos descritos têm sido judicialmente qualificados como autoria mediata. Inclusive quando nem existe qualquer execução do homicídio pretendido ou mesmo quando a determinação não chega a consumir-se. Ora, tais situações de tentativa de acordo de homicídio (aliciamento ao homicídio) correspondem a uma tentativa fracassada de instigação, realidade isenta de qualquer punição jurídico penal perante a lei portuguesa. Porém, requalificados estes cenários como autoria mediata, uma tal punição já se revela possível, daí que os nossos tribunais tenham seguido esta via.

Tal entendimento é absolutamente inadmissível e corresponde a uma subversão da autoria mediata e da instigação que a lei jamais admite. É isso mesmo que se pretende demonstrar com a abordagem de vários pontos essenciais para a discussão, designadamente, a configuração jurídico portuguesa da autoria criminal, a distinção entre a autoria mediata e a instigação, os respetivos âmbitos e, ainda, a responsabilidade criminal emergente da tentativa de instigação. Dissipadas as dúvidas, porventura existentes sobre estas concretas matérias, somos obrigados a concluir pela irrelevância criminal da tentativa fracassada de instigação.

Não obstante não ser responsabilizado criminalmente aquele que tenta instigar, consideramos que o perigo de lesão que resulta de uma tal atuação para o bem jurídico vida é inaceitável perante os valores ostentados pela comunidade em geral. Daí que deve o legislador intervir positivamente, consagrando a incriminação da instigação ao homicídio como modalidade autónoma, sem a necessidade típica da verificação dos pressupostos – a efetiva determinação do instigado e o início da execução do facto ilícito – previstos para o quadro geral de instigação insito no art. 26.º do CP.

Palavras-chave: Comparticipação; autoria; instigação; autoria mediata; aliciamento ao homicídio; tentativa de instigação.

Abstract

Do doctrine and jurisprudence openly debate the nature of incitement: is it perpetration or participation? Along with this discussion, doctrinal currents have emerged aimed at reconstructing the theory formulated by Roxin by restructuring indirect perpetration in order to house clear incitement scenarios in this category.

Among such scenarios are situations in which one tries to convince another to murder a third person by providing a counterpart. What happens is that such situations of attemp-

ted homicide agreement correspond to a failed attempt at incitement, a reality exempt from any criminal punishment under Portuguese law. Such an understanding is inadmissible and corresponds to a subversion of indirect perpetration and incitement, which the law never admits. Yet, if these scenarios are reclassified as indirect perpetration, such punishment is already possible – and our Courts have followed this path.

That is why the legislator should intervene and establish the incrimination of incitement to murder as an autonomous modality, without the typical necessity of verifying the assumptions foreseen in article 26.^o of the CP as regards general incitement.

Keywords: Co-participation; perpetration; incitement; indirect perpetration; homicide; attempted incitement.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
art.(s)	artigo(s)
DR	Diário da República Portuguesa
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
Cfr.	Conferir
CP	Código Penal Português
CRP	Constituição da República Portuguesa
dir.	direção
ed.	edição
n.º(s)	número(s)
<i>op. cit.</i>	<i>opus citato</i> (obra citada)
org.	organização
p.	página
p. ex.	por exemplo
pp.	páginas
proc.	processo
reimp.	reimpressão
RDES	Revista de Direito e de Estudos Sociais
RPCC	Revista Portuguesa de Ciência Criminal
<i>s.l.</i>	<i>sine loco</i>
ss.	seguintes
StGB	Código Penal Alemão (<i>Strafgesetzbuch</i>)
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRP	Tribunal da Relação do Porto
<i>v.g.</i>	<i>verbi gratia</i>
<i>vs.</i>	<i>versus</i>
Vol.	Volume

Índice

1. Introdução	7
2. Núcleo conceptual da autoria criminal	8
2.1. Conceções objetivas e subjetivas	10
2.2. Teoria do domínio do facto	11
3. Instigação como atuação central no facto tipicamente ilícito	12
3.1. Instigação – categoria dogmática autónoma	12
3.2. Instigação-Autoria <i>vs.</i> Instigação-Participação	14
3.3. Domínio da Decisão como Domínio do Facto	16
4. Crivo de delimitação entre a autoria mediata e a instigação – o Princípio da Responsabilidade	18
5. O “aliciamento” na modalidade de acordo criminoso: ainda instigação?	23
6. Responsabilidade criminal na tentativa fracassada de instigação	26
6.1. <i>De iure condito</i>	27
6.2. <i>De iure condendo</i>	28
7. Conclusão	29
8. Referências bibliográficas	31

1. Introdução

Nos últimos anos, temos assistido à proliferação de decisões judiciais geradoras de sérias controvérsias no plano jurídico português. Referimo-nos a determinados arestos¹ que incidiram sobre concretos pontos integrantes da teoria da comparticipação criminosa, e cujos julgadores firmaram, quanto aos mesmos, duvidosas soluções merecedoras de cuidadosa relutância. Tais pontos reportaram-se a duas das formas de comparticipação² expressas no art. 26.º do CP³ 4, a autoria mediata e a instigação, a que correspondem, respetivamente, a segunda e a quarta proposições daquele preceito legal.

A nossa perplexidade advém da interpretação dos concretos julgadores, a qual incidiu sobre o sentido e alcance daquele normativo, especificamente focados na natureza e âmbito daquelas duas espécies de comparticipação. Sentimento nosso agudizado quando consideradas as condenações que resultaram dos raciocínios levados a cabo, e que nos permitem indagar se não seriam estas o móbil da fundamentação decisória que nelas culminou. Assim afirmamos, por se revelar inalcançável a maioria dessas condenações se o julgador houvesse laborado dentro das fronteiras da construção jurídico dogmática da comparticipação criminosa patente no sistema jurídico português à data vigente, e recusado a forçar o texto legal para além da sua legalidade imperativa.

Temos, pois, em vista, a par dos casos judicialmente apreciados a que nos referimos, as situações em que alguém⁵ atua na tentativa de determinar outrem⁶ a matar uma terceira pessoa⁷, mediante a efetivação de uma qualquer prestação, contrapartida pela execução do homicídio, em que, contudo, esse outrem fique efetivamente determinado a praticar qualquer ato de execução tendente ao homicídio pretendido pelo primeiro. Este foi o elo comum em todas as decisões, a existência de um “homem de trás”, que atua na tentativa de gerar no “homem da frente” uma resolução criminosa que nunca chega a efetivar-se. A este quadro fáctico de atuação sobre outrem, visando o surgimento de um desígnio criminoso, vem alguma doutrina designando de “aliciamento”⁸, e é a partir da sua qualificação que permite obter conclusões sobre a responsabilidade criminal do “homem de trás” nessas situações, daí a controvérsia gerada na doutrina e jurisprudência nacionais.

¹ Cfr., *v.g.*, Ac. do TRP de 08/10/1997, proc. n.º 9740859, Relator: Dias Ferreira; Ac. do TRP de 20/09/2006, proc. n.º 0644842, Relator: Jorge Jacob; Ac. do STJ de 16/10/2008, proc. n.º 07P3867, Relator: António Colaço; Ac. do STJ de 24/05/2017, proc. n.º 1898/09.2JAPRT-A.P2.S1, Relator: Pires da Graça; Ac. de Fixação de Jurisprudência do STJ n.º 11/2009, *in* DR I série 139 de 21/07/2009 – este originou enorme controvérsia quer doutrinal, quer jurisprudencial, como revelam os vários votos de vencido apostos ao mesmo (com destaque para o voto de vencido do Conselheiro Souto Moura), e Ac. do STJ de 13/02/2020, proc. n.º 1324/15.8T9PRT.P1.-A, Relator: Santos Cabral – cuja decisão foi no sentido de não fixar nova jurisprudência e, consequentemente, aplicar essa mesma jurisprudência, devendo o acórdão recorrido (o Ac. do STJ de 20/09/2018, proc. n.º 1324/15.8T9PRT.P1.S1, Relator: Carlos Almeida) ser modificado em consonância com a mesma.

² Sobre a terminologia “comparticipação” e “participação”, cfr. Valdágua, 1986, p. 16, nota 4; e Ferreira, 2010, pp. 446 e ss.

³ Os diplomas legais citados reportam-se, salvo indicação expressa em contrário, à nossa ordem jurídica.

⁴ Além deste, também o normativo do art. 27.º consagra uma forma de comparticipação, a cumplicidade.

⁵ Comumente designado na doutrina de “homem de trás” ou “agente da retaguarda”.

⁶ Qualificado como “homem da frente” ou “executor”.

⁷ Sem prejuízo das considerações que lançámos serem aplicáveis, no âmbito da teoria geral do crime, a todos os outros casos em que a determinação visa a prática de um qualquer outro facto tipicamente ilícito.

⁸ Valdágua, 2001, p. 935.

Obrigados a decidir sobre a questão em juízo, aos julgadores incumbia o ónus de trilhar um caminho lógico que conduziria à necessária afirmação de um quadro de instigação; porém, tal caminho, desviado por vícios lógicos, culminou na qualificação como autoria mediata, com total arrepio dos imperativos legais. Esta é a realidade que pretendemos retratar, prestando o nosso contributo no sentido de indicar quais os fundamentos que permitem alcançar a correta qualificação jurídica do cenário fáctico *supra* descrito.

Não obstante o cada vez mais adensado labor académico, tanto nacional, como estrangeiro, sobre a questão⁹, consideramos que o presente texto talvez possa contribuir para a consciencialização da correta solução, ainda que apenas enfatizando o caminho por outros já descoberto, e, assim, representar – parafraseando as palavras de uma célebre figura histórica¹⁰ – uma pequena gota num já vasto oceano de análise, porém, capaz de acrescentar algo novo, e, assim, aumentar e melhorar, mesmo que ligeiramente, esse manancial de crítica já existente.

Assim, e com vista na determinação da responsabilidade criminal resultante da “tentativa fracassada de instigação”¹¹, dividimos o nosso estudo em cinco momentos: uma primeira abordagem do conceito jurídico português de autor criminal, passo impreterível para a qualificação seja como autor mediato, seja como instigador; seguida pela exposição dos fundamentos da instigação, enquanto espécie integrante da autoria; um terceiro momento, marcado pela delimitação fronteiriça da instigação face a autoria mediata, através da circunscrição desta em função do princípio da responsabilidade¹²; passando pela análise concreta dos casos de “aliciamento”, bem como a sua qualificação no âmbito da teoria da participação; e, por último, a identificação dos efeitos jurídico criminais que possam resultar para o instigador, no caso de uma “tentativa fracassada de instigação”, tendo presente todo este trilha lógico e as respetivas conclusões.

Ainda uma última consideração introdutória quanto ao objeto do presente estudo. Do que foi dito, resulta já que é nosso intento a análise da posição jurídica daquele a quem anteriormente designamos de “homem de trás” nas hipóteses da “tentativa fracassada de aliciamento” à prática de homicídio doloso. No entanto, a generalidade das conclusões extraídas no âmbito da dogmática do crime não se cingem apenas àquele concreto tipo legal, sendo extensíveis, pela simultânea identidade típica, a todos os crimes dolosos que não apresentem como cunho típico a violação de um qualquer dever especial. Estão, pois, excluídos do nosso foco as hipóteses de crimes omissivos, crimes específicos¹³ e crimes negligentes.

2. Núcleo conceptual da autoria criminal

Tal como já avançámos, o enquadramento jurídico de uma situação de “aliciamento” não é possível sem que, primeiramente, se proceda à definição dos traços carac-

⁹ Alguns dos vários autores nacionais que já se pronunciaram sobre a questão: Brandão, 2008; Valdágua, 2001, 2003; Dias, 2012; Cunha, 2020; Sousa, 2017; entre outros.

¹⁰ Madre Teresa de Calcutá.

¹¹ Expressão usada por Dias, 2012, p. 811, § 69.

¹² Princípio, posposto por parte da doutrina, e que será, *infra* – ponto 6. – objeto da nossa análise.

¹³ No qual enquadrámos os crimes de mão própria, porquanto, como refere Silva, 2015, p. 53, estes “exigem a *execução pessoal* pelo agente com as qualidades exigidas pelo tipo incriminador” (itálico original).

terísticos da autoria, os quais permitirão, perante a prática de um facto tipicamente ilícito, atribuir a qualidade de autor ou de cúmplice. O conceito de autor apresenta, pois, uma dupla função delimitadora, razão da sua especial importância. Dupla na medida em que, ao distinguir quem é passível de ser qualificado como autor de uma concreta ação criminosa, delimita também quem é suscetível de integrar a classe dos participantes, isto é, dos cúmplices¹⁴.

Como facilmente se compreende, a maioria dos crimes, não obstante a sua formulação mono subjetivista, admite a participação¹⁵ de uma pluralidade de agentes. Tal como referia Cavaleiro Ferreira, as normas incriminadoras da parte especial constituem uma tipicização direta da qual resulta a definição do autor singular do crime, enquanto “as incriminações de autoria e cumplicidade nos arts. 26.º e 27.º são normas que estendem a punibilidade do crime mono subjetivo aos casos em que o crime é cometido com a participação (*lato sensu*) de vários agentes”¹⁶, constituindo estas “uma tipicização indireta”¹⁷.

Todavia, a legística empregue, *per se*, não fornece um critério suficientemente abrangente quanto seria expectável. Vários exemplos existem que refletem essa realidade, veja-se, a título meramente elucidativo, as situações fácticas em estudo. Ora, quanto a estas surgem dúvidas no que à posição jurídica do “homem de trás” diz respeito. Cingindo-nos apenas à autoria mediata e à instigação, excluindo, desde já, a possibilidade de concorrência de outras formas, e, tendo presente a ambiguidade da formulação legal constante do art. 26.º do CP, aparenta-se difícil aferir, sem mais, qual o quadro de autoria presente¹⁸.

Esta e outras dificuldades igualmente relevantes¹⁹ suportam, mesmo na vigência do nosso jovem CP, a dependência de um eixo conceptual que gradue a participação (*lato sensu*) de cada interveniente no facto ilícito, que congregue as possíveis espécies de autoria e participação criminal, distinguindo-as, e, ainda, estruturando-as internamente. Das várias teorias formuladas para colmatar esta dependência sentida em vários ordenamentos jurídicos, três grandes concepções destacam-se pela importância que os seus contributos alcançaram: as objetivas, as subjetivas e a teoria do domínio do facto.

Não se mostra, pois, viável a qualificação jurídica da intervenção que um agente tenha num facto típico ilícito, sem a existência de uma trave mestre dogmática que forneça uma compreensão dos contornos distintos que a autoria possa assumir. A posição defendida por Cavaleiro Ferreira, segundo a qual não é necessário o recurso a um critério dogmático que conceptualize a autoria – “autor” serão todos aqueles que estão previstos no art. 26.º do CP²⁰ – não tem em conta as dificuldades que resultam da interpretação deste normativo, sendo, por essa razão, de rejeitar. Assim, e para que não incorramos em falácias, reservaremos àquelas três grandes concepções uma breve análise.

¹⁴ Sobre a inclusão da instigação nas formas de autoria cfr. *infra* ponto 5.2.

¹⁵ *Lato sensu*, ou seja, entendida como a “ação individual de cada agente”, Silva, 2015, p. 344.

¹⁶ Ferreira, 2010, pp. 445 e 446.

¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 446.

¹⁸ Sobre a distinção destas duas figuras, cfr., *infra*, ponto 5.2.

¹⁹ A este propósito, a exposição de Dias, 2012, pp. 757 e ss.

²⁰ Ferreira, 2010, pp. 473 a 475.

2.1. Concepções objetivas e subjetivas²¹

No plano objetivo encontra-se a teoria material-objetiva, segundo a qual a posição de autor está em estreita conexão com a teoria da causalidade. Quer isto dizer que – esta é a ideia chave dos defensores desta posição – é autor todo aquele cuja atuação, independentemente da forma que assuma, se apresente como a causa, ou uma delas se várias concorrem, do evento típico. Como refere Figueiredo Dias, “diferenças intercedentes entre os diversos contributos causais só podem relevar para efeito de medida concreta da pena, mas não devem assumir significado dogmático ou prático-normativo para quaisquer outros efeitos (conceito **extensivo** de autor)”²². Acrescenta Germano Marques da Silva que é também fundamento desta construção teórica a “*teoria da equivalência das condições* e, numa perspetiva político-criminal, a consideração que o crime é obra de todos os que nele participam pelo que todos devem ser punidos por igual”²³.

Porém, como refere Figueiredo Dias, esta deve ser objeto de “**repúdio**”²⁴, porquanto, entre outras razões, se mostra incompatível com a formulação legal vigente, isto é, os arts. 26.º e 27.º do CP contêm em si uma graduação das diferentes formas de atuação possíveis a que correspondem diferentes regimes. Graduação que se afere com parâmetros essencialmente objetivistas, mas também subjetivistas²⁵.

Dentro da concepção objetiva reside também a teoria formal-objetiva. Este modelo assenta a autoria na execução do facto, assumindo a qualidade de autor todo aquele que executa o facto ilícito. Contrariamente ao que sucede com o modelo anterior, há aqui uma graduação do atuação do agente, ainda que ligeira, tal como sintetiza Germano Marques da Silva ao afirmar que “esta teoria considera como autor o agente que executa pessoalmente, total ou parcialmente, o facto típico, sendo participantes os que não tomam parte na execução material do crime, embora contribuam para a perpetração do facto típico”²⁶.

Contudo, também livre de mácula não está esta visão objetiva, cujas falhas reconduzem a mesma à rejeição. Pretendem os defensores desta teoria, tal como os defensores das demais, chegar a uma noção clara e concreta do que representa a autoria criminal, porém, ao fazer corresponder a autoria à execução do ilícito típico, colidimos, novamente, perante uma indefinição, a expressão “executar”. Jamais a definição da “autoria”, conceito excessivamente vago e que se pretende estrito e determinado, pode passar pela ambiguidade inerente à expressão “executar”²⁷.

Como reação a esta visão objetiva da autoria, numa tentativa de solucionar os problemas que a mesma não conseguiu resolver, surgiram as teorias subjetivas. Elo comum nos modelos subjetivos é a representação cognitiva do agente perante o facto. Se o agente atua com *animus auctoris* (ânimo de autor), assumindo o facto como seu, então o mesmo é autor; pelo contrário, se a atuação surge de um *animus socii* (ânimo de participante),

²¹ Com pormenor, veja-se a exposição de Roxin, 2000, pp. 53 e ss.

²² Dias, 2012, p. 760, § 5 (negrito original).

²³ Silva, 2015, p. 359 (itálico original).

²⁴ Dias, 2012, p. 760 (negrito original).

²⁵ Com melhor desenvolvimento, cfr. Dias, pp. 760 e ss.

²⁶ Silva, 2015, p. 360 (sublinhado nosso).

²⁷ Dias, 2012, pp. 759 e 760.

prestando o agente o seu contributo para um facto que considera ser alheio, estaremos perante um participante.

Embora atendam à vontade do agente, que constitui um elemento fulcral para a qualificação da atuação ilícita do agente, as teorias subjetivas falham na medida em que ignoram a objetividade que marca as normas incriminadoras. Não pode descurar-se que a estrutura da tipicidade, enquanto categoria dogmática, é bipartida, nela integrando um elemento objetivo, que se traduz na descrição do comportamento lesivo para os bens jurídicos dignos de tutela penal, e um elemento subjetivo, focado no ânimo e vontade do agente. Isto significa que a autoria, independentemente da visão adotada, será necessariamente composta por marcadores subjetivos e objetivos. Ora, por estruturarem a autoria exclusivamente no plano interno do agente, são também estas teorias inaceitáveis²⁸.

2.2. Teoria do domínio do facto

Perante as graves falhas e a ausência de uma dualidade daquelas componentes valorativas na estruturação da autoria, ganhou especial destaque a teoria do domínio do facto. Esta colheu largo número de adeptos, tornando-se a tese dominante quanto à conceção da autoria criminal, resultado do considerável contributo de Roxin, que a concretizou com a necessária atenção à sua aplicabilidade e sem colidir com obstáculos em que embateram as teorias anteriores²⁹.

Para Roxin, o vetor mestre da autoria é o de que o autor será sempre aquele que se apresenta como a “figura central do acontecimento”³⁰, e isto ocorrerá quando o agente intervém com intensidade suficiente no evento criminoso a ponto de se lhe poder imputar o domínio do mesmo. Desenvolvendo este pensamento, o Ilustre penalista refere quais as três formas de autoria possíveis e como se caracteriza o domínio do facto em cada uma delas. Temos, então, como espécies da autoria, a autoria imediata – quando a execução do facto é operada pelo agente com as suas próprias mãos³¹ –, a que corresponde o domínio da ação; a autoria mediata, caracterizada pelo domínio da vontade; e a coautoria, marcada por um domínio funcional do facto. Circunscrevendo a autoria nestas três espécies, Roxin excluiu para a participação a instigação e a cumplicidade, formas de comparticipação que considerou não assumirem a centralidade fáctica necessária para que se pudesse afirmar quanto a elas que a realização do acontecimento criminoso estaria suficientemente dependente de si.

Nesta conceção roxiniana da autoria, o domínio da vontade, eixo da autoria mediata – subforma com relevo para o nosso estudo –, pode ocorrer de três modos: domínio da vontade por coação, assim quando o homem da frente haja sido coagido pelo homem de trás a realizar o facto criminoso; domínio da vontade por erro, quando o homem da

²⁸ Dias, 2012, pp. 764 e 765, com particular relevância a observação de que “não é porque alguém **se sente autor** (por ter a ideia de ser a ele que pertence o papel mais importante na realização do facto, quando na verdade se limitou a colaborar no facto de outrem) que uma tal qualidade lhe deve passar a caber” (negrito original).

²⁹ Sobre a matéria, cfr. Roxin, 2000, *Idem*, 2014, pp. 68 e ss.; entre nós, Dias, 2012, pp. 767 e ss. e Valdágua, 2001.

³⁰ “*Zentralgestalt*”, cfr. Roxin, 2000, pp. 44 e ss.; Valdágua, 2001, e Dias, 2012, pp. 765 e 766.

³¹ Bem como nos casos em que o agente se serve do corpo de alguém como se de um objeto se tratasse, para realizar um facto ilícito.

frente realiza o facto criminoso num estado de erro criado ou aproveitado³² pelo homem de trás; e domínio da vontade em virtude de um aparelho organizado de poder, verificado nas situações em que o homem da frente atua no cumprimento de uma ordem de conteúdo criminoso emitida pelo homem de trás, seu superior hierárquico³³.

A visão roxiniana é a que mais aproxima a autoria da concreta realidade fáctica, daí que merece acolhimento; porém, a mesma não vale como dogma universal para todas as categorias de crimes, conforme alerta Figueiredo Dias, ao referir que deve “restringir[-se] a sua validade, ainda segundo Roxin, aos “delitos dolosos gerais”³⁴, ou como classifica o mesmo Autor, aos “crimes dolosos de acção”³⁵.

Não obstante a enorme adesão que este critério colheu, algumas correções têm sido formuladas sobre determinados aspetos, inclusive pelos próprios seguidores da doutrina roxiniana. Destas sobressaem as propostas formuladas por Conceição Valdágua a propósito do enquadramento das hipóteses de “aliciamento” – no qual se incluem as situações de acordo criminoso –, perante o modo como Roxin estruturou a autoria mediata e a instigação³⁶, e que, pela influência que tiveram, e ainda têm, na nossa jurisprudência, serão, adiante, objeto do nosso estudo³⁷.

Os domínios da acção, da vontade ou funcional do facto constituem um sensato retrato jurídico da realidade fáctica, mas não perfeito. Contudo, esta estrutura tripartida do domínio do facto descarta uma outra possibilidade de domínio do acontecimento criminoso, presente nas hipóteses subsumíveis no quadro da instigação, que Figueiredo Dias designa de “domínio da decisão”³⁸. Deste modo, a autoria apresenta uma estrutura quadripartida, integrada pela instigação, juntamente com as demais espécies de autoria apontadas por Roxin³⁹.

Importa também avançar, sem prejuízo de posterior análise, que a autoria mediata, ainda que atribuída com base na existência do domínio da vontade pelo homem de trás, está em estrita conexão com o princípio da responsabilidade, segundo o qual não existirá autoria mediata quando o homem da frente atue com culpa dolosa^{40 41}.

3. Instigação como atuação central no facto tipicamente ilícito

3.1. Instigação – categoria dogmática autónoma

Atentas as construções teóricas apresentadas, resulta que a categorização autónoma da instigação, como forma de participação, é objeto de implícita e indireta contestação. Com ressalva da teoria do domínio do facto, a instigação é desprezada quer pelas teorias subjetivas – que centralizam a mera participação na cumplicidade –, quer

³² Dias, 2012, p. 780, § 11.

³³ Sobre esta forma de domínio da vontade cfr., entre nós, Valdágua, 2003 e Dias, 2012, p. 788.

³⁴ Dias, 2012, p. 767, § 19.

³⁵ Dias, p. 770: sintetizando aqui os limites, e respetivos fundamentos, do critério do domínio do facto.

³⁶ Valdágua, 2001.

³⁷ *Infra*, ponto 7.

³⁸ Dias, 2012, pp. 798 e ss.

³⁹ Melhor *infra*, ponto 5.

⁴⁰ Dias, 2012, p. 787.

⁴¹ Relativamente aos casos de domínio da vontade em razão de um aparelho organizado de poder e à possibilidade da existência de um quadro de autoria mediata quando o homem da frente é plenamente responsável, cfr. Dias, 2012, pp. 789 e 790.

pelas teorias objetivas – estas ou esgotam também a mera participação na cumplicidade, ou não graduam as formas de participação, fazendo corresponder qualquer contribuição causal à autoria. Este pensamento de rejeição da autonomização da instigação foi, aquém-fronteiras, defendido por Eduardo Correia, voz mais vigorosa neste sentido, que entendia não existir qualquer vantagem no conceito de instigação, classificando-o como “supérfluo”, porquanto, acrescentava, a “autoria mediata abrange todo o âmbito da instigação sem daí resultar qualquer prejuízo ou dificuldade”⁴².

Ora, não podemos concordar com tal entendimento, posição justificada pela falta de identidade entre estas duas formas de atuação. Como já adiantamos, a linha fronteira que há de separar os quadros da autoria mediata e da instigação situar-se-á no plano interno do homem da frente face ao facto ilícito, tal como decorre do princípio da responsabilidade, revelando-se fundada, assim, a autonomização destas categorias.

O texto legal do art. 26.º do CP não contém qualquer referência às expressões “instigação” ou “autoria mediata”. No entanto, este normativo legal descreve várias formas de atuação ao nível da realização típica, daí que a doutrina, focada na distinção e categorização das mesmas, tenha encontrado para cada um desses meios, uma designação própria. Assim sucedeu quanto à segunda proposição daquele inciso – “é punível como autor quem executar o facto [...] por intermédio de outrem” –, conceptualizada como autoria mediata; bem como à quarta proposição do mesmo, – “é punível como autor [...] quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução, ou começo de execução” – correspondente à instigação.

Esta formulação permite ao intérprete legal compreender, desde logo, que estão em causa realidades fácticas distintas o suficiente para serem objeto de individualização. O contrário mostrar-se-ia incompreensível face à legística empregue; pois questionar-se-ia qual a razão para o legislador descrever, no mesmo dispositivo, a mesma realidade, com recurso a duas formulações distintas e separadas por uma proposição autónoma e em nada relacionada com as realidades referidas.

Mais, aceitando tal tese de que a instigação integraria, em absoluto, o âmbito da autoria mediata, a segunda e a quarta proposições serão tidas como a mesma realidade fáctica. Mas, então, como se explica que o legislador tenha consagrado distintos pressupostos para a verificação dessa mesma realidade nas duas formulações? Não pode ignorar-se que a quarta proposição refere expressamente “desde que haja execução ou começo de execução”, exigência esta que não encontramos na segunda proposição do art. 26.º do CP. Esta exigência legal da execução, ou começo da mesma, pelo instigado, do facto criminoso, é um dos sinais distintivos da instigação face à autoria mediata, e, portanto, um claro indício de que são diferentes os leques de hipóteses que compõem os âmbitos da autoria mediata e da instigação.

Também a cumplicidade não retrata os mesmos cenários que os da instigação. O n.º 1 do art. 27.º do CP caracteriza o cúmplice como aquele que, dolosamente, presta “auxílio material ou **moral** à prática de um facto doloso” (negrito nosso). *Prima facie*, algumas dificuldades surgem do elemento literal “auxílio moral”, as quais são, habil-

⁴² Correia, 1951, pp. 35 e 36 e *Idem*, 1968, pp. 251 e 252.

mente, dissipadas por Figueiredo Dias ao descrever a cumplicidade como “indução”⁴³, sendo cúmplice todo “aquele que incentiva, aconselha, meramente sugere ou reforça o propósito de outrem de cometer um ilícito típico; [...] que simplesmente o induz àquele cometimento, ajudando-o a vencer as resistências físicas, intelectuais ou morais, ou mesmo afastando os últimos obstáculos que o separam do crime”⁴⁴, concluindo o Autor que o cúmplice *moral* apenas “influencia a motivação do homem da frente, sem verdadeiramente o “determinar”⁴⁵; ao passo que, na instigação, o homem de trás é a causa nuclear da resolução criminoso do homem da frente, é ele quem *determina* o surgimento deste desígnio, “quem o **produz** ou **cria** de forma cabal”⁴⁶. Resumindo, sempre que o desígnio de cometer o facto criminoso tenha origem na ação do homem de trás, então deve afirmar-se nesses casos a existência de um quadro de instigação; se, porém, o comportamento do homem de trás constitui apenas um adensar de um desígnio alheio cuja existência é influenciada por aquele, mas não determinada, então estaremos perante uma situação de cumplicidade moral.

3.2. Instigação-Autoria vs. Instigação-Participação

A instigação, enquanto categoria autónoma de comparticipação, é produto, a par de muitas outras realidades jurídico penais, da dogmática alemã⁴⁷, estando a própria terminologia – “*Anstiftung*” –, expressa no § 26 do StGB⁴⁸, porém, autonomizada normativamente da autoria – “*Täterschaft*” – prevista no § 25 do StGB⁴⁹. Assim, entendeu o legislador alemão que a instigação não corresponderia a uma das espécies da autoria, relegando-a para o âmbito da mera participação, ao lado da cumplicidade; categorização esta também defendida pela teoria roxiniana do domínio do facto⁵⁰.

Contrariamente, o legislador português optou pela inclusão da instigação no art. 26.º do CP, referente às espécies de autoria, sem referenciar literalmente a designação da mesma. Apesar desta redação legal, na doutrina portuguesa surgiram vozes, fortemente influenciadas pela visão germânica, apontando no sentido da adjectivação da instigação como mera participação⁵¹.

⁴³ Dias, 2012, p. 801.

⁴⁴ Dias, 2012, p. 799.

⁴⁵ Dias, 2012, p. 800.

⁴⁶ Dias, 2012, p. 799 (negrito original).

⁴⁷ Costa, 1983, p. 172.

⁴⁸ O § 26 do StGB, com a epígrafe “Instigação”, tem a seguinte redação: “É punido, como instigador, do mesmo modo que um autor, quem dolosamente determinou outrem ao facto ilícito cometido, dolosamente, por este.” – tradução de Valdágua, 1986, p. 43, nota 51.

⁴⁹ O § 25 do StGB, relativo à autoria, epígrafe do mesmo, tem a seguinte redação: “1. É punido como autor quem comete o facto punível, por si mesmo ou por intermédio de outrem. 2. Se vários cometem o facto punível conjuntamente, cada um é punido como autor (co-autor).” – tradução de Conceição Valdágua, *ibidem*, p. 43, nota 51.

⁵⁰ Não obstante a instigação figurar no ordenamento jurídico penal alemão como uma modalidade de participação, a questão não assume tanto relevo quanto o ordenamento jurídico penal português, porquanto o instigador é punido do mesmo modo que um autor, ainda que verdadeiramente, e em bom rigor, não seja assim qualificado juridicamente (§ 26 do StGB – cfr. *supra*, nota 48). Cfr., Cunha, 2020, p. 72, nota 14, para quem a circunstância de a instigação-participação ser punida com a pena correspondente à autoria no ordenamento jurídico penal alemão, se traduz no reconhecimento da similar ilicitude da atuação do autor e do instigador.

⁵¹ A favor da consideração da instigação como mera participação, Valdágua, 2001, pp. 918 e 919, nota 8; Costa, 1983, p. 173; Albuquerque, 2010, pp. 142, 145 e 146.

Os defensores de tal entendimento invocam como seu primeiro argumento a redação da norma legal do art. 26.º do CP, que prevê ser “punível como autor [...] quem, dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução, ou começo de execução”, como indício de que o legislador português não conceptualiza a instigação como autoria; caso contrário, o elemento literal seria “é autor” e não “é punível como autor”. Ora, tal tese não merece qualquer adesão, porquanto é essa a expressão a que recorre o legislador para configurar a autoria imediata, a mediata e a coautoria, cuja integração nas espécies da autoria não é contestada por aqueles defensores⁵². O próprio legislador português sabia qual a formulação legal alemã que estruturou a autoria, a instigação e a cumplicidade em normativos distintos; tal refere Figueiredo Dias⁵³ que, todavia, optou pela agregação da autoria imediata, autoria mediata, coautoria e instigação no mesmo dispositivo e a todas elas se referindo como “é punível como autor”.

Outro argumento apontado para a configuração da instigação como mera participação no nosso ordenamento jurídico, reporta-se ao elemento literal “haja execução ou começo de execução”, cujo sentido seria a atribuição da natureza acessória à instigação. Vale isto dizer que a regra da acessoriedade está presente na instigação, só sendo possível afirmar a punição do instigador quando o instigado – a figura central no evento criminoso – leva a cabo a execução do facto tipicamente ilícito⁵⁴. Assim, não se apresenta o instigador como figura central no facto, mas como figura acessória no acontecimento, logo, não consta entre os autores do ilícito típico, mas entre os participantes. Não partilhamos deste entendimento que atribui àquele excerto legal um vínculo de acessoriedade. A *ratio* da exigência da execução ou do começo da mesma prende-se antes com a peculiar forma de domínio do facto que detém o instigador. Não pode afirmar-se que o risco gerado pela atuação do instigador é idêntico aos riscos inerentes às outras três espécies de autoria; na instigação, as plenitudes cognitiva e emocional do homem da frente diminuem, ainda que ligeiramente, o perigo de lesão do bem jurídico da atuação do homem de trás sobre si. Como tal, entendeu o legislador exigir algo mais do que a efetiva *determinação* do homem da frente, evento que se situa eminentemente no plano interno deste, evitando-se, deste modo, que se punissem as meras *cogitationes*⁵⁵. Esta “exigência político-criminal”, como caracteriza Figueiredo Dias, não é mais do que um “sublinhar de forma expressa que a determinação só pode considerar-se verificada quando conduza à prática pelo instigado de acto(s) que a revele(m) e execute(m), [...] que a exteriorize(m)”⁵⁶, ou seja, que traduza(m) com maior certeza a conexão entre a determinação do homem da frente e o risco sério de lesão para bens jurídicos com dignidade penal.

Tendo isto presente, da literalidade do texto legal não se pode concluir pela categorização da instigação como mera participação, inegável que foi vontade expressa do

⁵² Neste sentido, cfr. Dias, 2012, p. 798, § 44.

⁵³ Dias, 2012, p. 798.

⁵⁴ Para uma análise da acessoriedade propugnada pelos apologistas deste argumento, cfr. Valdágua, 2001, pp. 918 e 919, nota 8.

⁵⁵ Costa, 1983, p. 173.

⁵⁶ Dias, 2012, p. 809.

nosso legislador integrar aquela no âmbito da autoria⁵⁷. Mas não só da redação do art. 26.º do CP resulta este entendimento, também da concreta realidade dos acontecimentos fácticos. A consideração do instigador como elemento acessório no *iter criminis* constitui uma visão ficcionada sem qualquer correspondência com a realidade histórico causal do acontecimento criminoso. A instigação é, em suma, criação e produção de um desígnio criminoso, de uma vontade de quebra da fidelidade ao direito a que está adstrito o homem da frente. Disto decorre que o instigador é uma das traves mestras do acontecimento, em paralelo com o instigado, partilhando entre si a centralidade no evento criminoso, a que se refere Roxin como ponto de partida metodológico para se chegar à conceptualização da autoria.

3.3. Domínio da Decisão como Domínio do Facto

Acabamos de ver que a instigação foi, pelo legislador português, instituída como espécie da autoria, e não da participação, mas coloca-se, então, a questão de saber qual o domínio do facto adjacente ao instigador. A autoria, segundo o critério roxiniano do domínio do facto – ao qual aderimos – é imputável através da premissa da existência de um domínio do facto; contudo, Roxin apenas reconhece uma estrutura tripartida do domínio do facto, em que cada um dos três elos de domínio corresponde a um dos quadros de autoria por si referidos – autoria imediata, autoria mediata e coautoria⁵⁸ –, entre os quais não consta a instigação.

Para este problema apresentou resposta Figueiredo Dias, corrigindo a lacuna existente no critério dogmático de Roxin. Para o Ilustre penalista português, o domínio do facto do instigador apresenta-se como “domínio da decisão” (⁵⁹), distinto do domínio da vontade que caracteriza a autoria mediata.

Na autoria mediata, o homem de trás atua sobre o homem da frente com o intento de gerar quanto a este um domínio na vontade, com o qual dominará a realização de todo o evento criminoso, correspondendo a um verdadeiro domínio da atuação global⁶⁰. Nes-

⁵⁷ Com idêntico entendimento, considerando a instigação autoria, cfr., na doutrina, Brandão, 2008, pp. 46 e ss.; Dias, 2012, pp. 797 e ss.; Garcia, 2013, pp. 26 a 32; Monteiro, 2014, pp. 11, 12 e 37; Silva, 2015, p. 363; Sousa, 2017, pp. 216 e ss.; Fardilha, 2018, pp. 29, 30 e 47; Cunha, 2020, pp. 73 e ss. Igualmente, na jurisprudência, *v.g.*, Ac. do STJ de 27/05/2009, proc. n.º 58/07.PRLSB.S1, Relator: Henriques Gaspar; Ac. do STJ de 20/09/2018, proc. n.º 1324/15.8T9PRT.P1.S1, Relator: Carlos Almeida. Com uma conceção distinta da autoria, repudiando as tradicionais formas de autoria, Costa, 2014, pp. 659 e ss. e 1196 e ss., para quem deverá valer “uma perspectiva que, partindo do domínio-da-não-impossibilidade-do-facto (na acepção adoptada) como princípio basilar da imputação objectiva dolosa subjacente aos artigos 14.º a 18.º CP, reconduz as correspondentes modalidades participativas a uma *autoria* assente no binómio “domínio concomitante/não-concomitante” do facto e, por outro lado, a uma *participação* que se esgota nas categorias da “cumplicidade material” e “moral”. (*Idem*, p. 1210) (itálico original).

⁵⁸ Cfr. *supra* ponto 4. 2.

⁵⁹ Dias, 2012, pp. 799 e 800. A favor da existência de um “domínio da decisão” pelo instigador: cfr. Brandão, 2008, pp. 46 e 47; Silva, 2015, pp. 364, 365 e 367 – embora não refira expressamente a sua concordância com a existência deste “domínio de decisão”, o Autor adere à posição de Figueiredo Dias que atribui um domínio do facto ao instigador. Negando expressamente a afirmação do “domínio de decisão” pelo instigador, cfr. Albuquerque, 2010, pp. 142 e 143 – “é inaceitável a figura da instigação-autoria, criada por Figueiredo Dias [...]. Esta figura padece de uma contradição lógica intrínseca, uma verdadeira *contradictio in adiecto*, de reconhecer ao homem-de-trás um “domínio da decisão” “livre e voluntária” do homem-da-frente, fazendo implodir o próprio conceito nacional de autoria mediata”.

⁶⁰ Neste sentido, Dias, 2012, p. 776: “O princípio do domínio do facto, quando aplicado à autoria mediata, exige que todo o acontecimento [...] seja obra do homem-de-trás” “O que vale por dizer que *todos os pres-*

tas situações a instrumentalização do homem da frente pelo homem de trás é o modo a que este recorre para a realização típica. É a ação do homem da frente que é objetificada pelo homem de trás como meio de realizar o ilícito típico que quer cometer, não por si próprio, mas por intermédio de alguém, cuja vontade controla. Este domínio sobre a vontade do outro implica a não valoração da vontade do homem da frente como sendo própria e autónoma, porquanto faltam em acentuado grau os pressupostos que permitem uma tal valoração, designadamente, a consciência, a liberdade de decisão e o esclarecimento.

Na instigação, pelo contrário, o homem de trás não domina a vontade do homem da frente. Ainda que a atuação do instigador sobre o instigado condicione a vontade deste, esta não pode deixar de se valorar como sendo própria do homem da frente. No plano interno, o instigado preserva um mínimo de consciência, de liberdade de decisão⁶¹ e de esclarecimento que não existem no homem da frente no quadro da autoria mediata, que lhe (ao instigado) permitem manter-se fiel ao direito ou, pelo contrário, quebrar esse vínculo; deixando-se, inicialmente, determinar de acordo com a vontade do instigador, e, posteriormente, exteriorizando a sua resolução criminosa⁶².

Embora não domine a vontade do instigado, o instigador continua a representar um fator central no desígnio de cometer o ilícito típico, contudo, não bastante para a realização deste. Uma vez determinado, o instigado passa a deter também ele o domínio do facto, sob a forma de domínio da ação – Figueiredo Dias refere-se a uma “nota de **sucessividade**, no sentido de que, uma vez determinado o instigado, este assume (também) o domínio do facto, sem por isso o fazer perder ao instigador”⁶³. O instigador é determinante para a criação da resolução criminosa e é a partir do momento em que esta se fixa no consciente do instigado que aquele passa a ter apenas um papel relevante na sua subsistência, mas nunca de forma exclusiva, pois o instigado mantém a independência psicológica suficiente para optar, livremente e por si próprio, pela quebra ou não da sua fidelidade ao direito. Temos, pois, uma “repartição” ou “duplicação” do domínio do facto”⁶⁴, que se inicia no instigador e, após a determinação do instigado, se compartilha com este sob a forma de domínio da ação – ao executar pelas próprias mãos o facto tipicamente ilícito, o homem da frente configura-se como autor imediato.

Este aditamento do domínio da decisão que Figueiredo Dias propõe à conceção roxiniana do domínio do facto não desconfigura os fundamentos dogmáticos da mesma. Na sua essência, o domínio do facto representa um controlo, de qualquer espécie, sobre

supostos da punibilidade têm de concorrer na pessoa do homem-de-trás e hão-de colocar-se, para efeito da sua caracterização dogmática, unicamente face a ele” (itálico original).

⁶¹ Dias, 2012, p. 799: “No plano das realidades psicológicas aceitar-se-á muito bem que também seja compatível com a “liberdade” [mínima] do agente imediato [o instigado] uma sua atuação num estado de *dependência psicológica* traduzida em que ele execute voluntariamente uma decisão, todavia criada ou produzida no seu espírito pelo homem-da-retaguarda”.

⁶² Conforme refere Garcia, 2013, p. 32, “nas situações de domínio da decisão o homem-da-frente é livre de adoptar ou não a resolução criminosa que o instigador lhe pretende incutir. Essa liberdade implica que ele [homem da frente] é jurídica e penalmente responsável”.

⁶³ Dias, 2012, p. 816 (negrito original).

⁶⁴ Dias, 2012, p. 816.

a concretização do acontecimento criminoso⁶⁵. Ora, o instigador, efetivamente tem um controlo sobre a realização típica, ainda que repartido por mais do que um momento, e com diferentes graus de intensidade, porém, sem nunca perder por completo a conexão que tem, ainda que tenuemente, com a efetivação do evento.

A repartição do domínio do facto não é inconcebível na visão roxiniana, aliás, a coautoria, tal como foi estruturada por Roxin, pressupõe, como bem se compreenderá, a existência de uma repartição do domínio do facto pelos vários coautores. Quanto à instigação, também essa compartilha do *dominus* do acontecimento está presente⁶⁶ e a verificação deste estará, como vimos, adstrita quer ao instigador, quer ao instigado⁶⁷ – porém, reitera-se, com diferentes graus de intensidade.

A afirmação do domínio do facto do instigador não é um mero elo que permite estabelecer a conexão da instigação com a autoria, é antes de mais um retrato fidedigno do sentido social do facto. A concretização do ilícito típico, pensemos agora nos casos de homicídio, será sempre facto próprio daquele que, de forma consciente, livre e esclarecida, executa o mesmo, mas é inegável que também é, em simultâneo, facto próprio daquele que gerou no homicida – leia-se, autor imediato – vontade de matar. Esta resolução criminosa, que é a vontade de matar, estende-se desde o instigador até ao instigado, repartindo-se com várias intensidades pelos dois – claro é que o instigado, enquanto executor direto, revela maior intensidade. Daí que, Figueiredo Dias afirme, enquanto precursor da afirmação deste “domínio de decisão” que reside no instigador, que “o apelo ao domínio do facto servirá só para dar a exigível tradução, no plano subjectivo, daquela ‘causalidade necessária’ que objectivamente caracteriza a instigação”⁶⁸ – “exigibilidade” essa imposta pelo concreto sentido social do facto.

4. Crivo de delimitação entre a autoria mediata e a instigação – o Princípio da Responsabilidade

Estruturas como espécies de autoria, a autoria mediata e a instigação, ainda que representando realidades distintas, apresentam uma relação de proximidade dogmática que não se verifica entre as restantes formas de autoria, razão pela qual a sua delimitação se revela tarefa árdua, porém, não impossível. Temos vindo a referir que a linha fronteira entre as duas é marcada pelo princípio da responsabilidade (do homem da frente); importa, pois, abordar o mesmo, questão sobre a qual nos debruçaremos agora.

A distinção destes dois quadros de autoria, inicia-se, desde logo, no texto legal do art. 26.º do CP. Aí, a autoria mediata e a instigação são erigidas como o “executar o facto [...] por intermédio de outrem” e o “dolosamente, determinar outra pessoa à prática do facto”, respetivamente. Efetivamente, “executar o facto por intermédio de outrem” e

⁶⁵ Neste sentido, Silva, 2015, p. 364, que refere que o agente que domina o facto é aquele “de cuja vontade depende a efetiva verificação do crime”.

⁶⁶ Sustentando também a existência deste, não incompatível, “duplo domínio do facto, por parte do instigador – domínio da decisão – e por parte do instigado – domínio da acção”, Garcia, 2013, p. 32.

⁶⁷ Igualmente, Dias, 2012, p. 817, que refere: “o instigador detém muito mais forte e claramente o domínio do facto do que, por exemplo, o membro do gang que assalta bancos e a quem é distribuída a função exclusiva de transportar o produto do roubo”.

⁶⁸ Figueiredo Dias *apud* Silva, 2015, p. 365.

“determinar outrem” são realidades distintas. Atrás referimos (⁶⁹) que o autor mediato tem o domínio da atuação global, de todo o acontecimento criminoso; não obstante não o realizar pelas próprias mãos, mas por mãos alheias, a execução do facto é propriedade sua porquanto é da sua vontade, e não da vontade do intermediário instrumentalizado, que depende a efetivação do facto. O intermediário é apenas um meio para atingir um fim – o evento criminoso –, que o homem de trás encontra para levar a cabo o ilícito típico que quer realizar como facto seu e não do homem da frente.

Pelo contrário, o instigador não tem este domínio da atuação global que caracteriza o autor mediato⁷⁰, nem executa o facto por intermédio de outrem, pois a determinação que gerou no instigado não é, por si só, a efetivação da realização típica. É necessário que o homem da frente, após estar determinado à prática do ilícito típico, quebre a sua fidelidade ao direito através da materialização da sua resolução criminosa. Nisto se funda a repartição do domínio do facto pelo instigador e pelo instigado, a qual impossibilitará a afirmação da existência de uma instrumentalização do instigado. Não esqueçamos que o instigado, ao contrário do homem da frente na autoria mediata, mantém um mínimo de consciência, liberdade de decisão e esclarecimento, os quais são uma decorrência do princípio da responsabilidade.

A doutrina maioritária⁷¹ tem norteado a autoria mediata segundo o princípio da responsabilidade, isto é, a existência de um autor mediato pressupõe que o homem da frente não realize o ilícito típico de forma dolosa – não seja plenamente responsável⁷². O homem da frente na autoria mediata, enquanto intermédio instrumentalizado, não pode atuar no âmbito de uma culpa dolosa própria, caso contrário excluída estará a possibilidade de afirmação de um quadro de autoria mediata. Assim estruturado, o princípio da responsabilidade tem como efeito nuclear a inclusão na autoria mediata de todos os casos em que, coexistindo um homem de trás e um homem da frente, este atua instrumentalizado por aquele e isento de qualquer responsabilidade criminal a título de dolo. Daqui resulta que este princípio dogmático é, pois, um crivo delimitador das situações possíveis de autoria mediata, que relega para fora do âmbito desta todos os cenários fáticos em que ao homem da frente possa imputar-se a realização típica a título de dolo⁷³.

Sem prejuízo da estrita conexão do princípio da responsabilidade com a autoria mediata, também a instigação é passível de ser delimitada através daquele. Referimos acima que este princípio se circunscreve às hipóteses em que coexiste um homem da frente e um homem de trás, e que o efeito categórico do mesmo é a circunscrição den-

⁶⁹ Cfr., *supra*, ponto 5.3.

⁷⁰ Cfr., *supra*, ponto 5.3.

⁷¹ Com grande destaque para Dias, 2012, pp. 777, 782, e 786 a 790. Com entendimento contrário, admitindo a possibilidade de um cenário de autoria mediata quando o homem da frente atue com culpa dolosa, cfr. Valdágua, 2001 e 2003.

⁷² Dias, 2012, p. 803.

⁷³ Como refere Dias, 2012, p. 803: “O princípio da auto-responsabilidade **não é assim critério de toda a autoria** em qualquer situação que intervenha um homem-da-frente e um homem-de-trás; é assim critério da autoria mediata e só dela” (negrito original). Contrariamente, defendendo a correspondência do “princípio da (auto-) responsabilidade” aos problemas da “delimitação do âmbito global da autoria perante a participação, aí incluídas *todas* as situações em que, entre o sujeito e a verificação do delito (ou parte dele), ocorra situações em que, entre o sujeito e a verificação do delito (ou parte dele), ocorra a intervenção de outra pessoa”, Costa, 2014, p. 1203.

tro da autoria mediata de todos os casos em que o homem da frente não é plenamente responsável. Ora, como efeito paralelo temos a correspondente exclusão, do âmbito daquela, de todos os restantes casos em que exista um homem de trás e um homem da frente, nomeadamente, as hipóteses em que o homem da frente atua a título de culpa dolosa, sendo, por isso, plenamente responsável – tal exclusão corresponde à delimitação negativa da autoria mediata.

Além da autoria mediata, apenas um outro cenário de coexistência de um homem de trás e um homem da frente é possível, designadamente, o quadro da instigação. Ao excluir da autoria mediata as situações que referimos, o princípio da responsabilidade delimita indiretamente a instigação, vale isto dizer que a delimitação negativa da autoria mediata operada por este princípio corresponde à delimitação positiva da instigação. Assim, temos no princípio da responsabilidade um crivo delimitador – indireto – da instigação.

A própria conceptualização da instigação que resulta da correção efetuada por Figueiredo Dias à teoria roxiniana do domínio do facto, tem presente esta delimitação. A repartição do domínio do facto pelo instigador e pelo instigado, como domínio da decisão e domínio da ação, respetivamente, tem implícita a verificação do dolo em ambos, isto é, a existência da representação do ilícito típico e a vontade de o cometer. Quanto ao instigador, a redação do art. 26.º do CP expressamente refere “quem, dolosamente, determinar outra pessoa”, inexistindo dúvidas quanto à exigência legal de que a atuação do instigador seja dolosa, sem a qual não poderá afirmar-se a existência de um quadro de instigação – fica, portanto, excluída a possibilidade de uma instigação por negligência⁷⁴.

Relativamente ao instigado vale o mesmo raciocínio, porém, sem o apoio da literalidade da letra da lei. Ainda assim, parece-nos sensato afirmar que determinar alguém significa criar nessa pessoa um desígnio criminoso, isto é, uma vontade de cometer um ilícito típico, bem representando o mesmo. Caso contrário, estaremos perante um cenário de autoria mediata e não de instigação⁷⁵.

Esta delimitação da instigação face à autoria mediata não representa apenas uma discussão exclusivamente circunscrita ao plano dogmático e isenta de diferenciação ao nível do regime legal aplicável, bem pelo contrário, sérias diferenças existem, designadamente, quanto à punição da atuação em cadeia e quanto à relevância criminal da tentativa destas formas de autoria. Ao nível da moldura da pena, entendeu o legislador não consagrar qualquer distinção, sendo igual a medida abstrata de punição do autor mediato e do instigado.

A primeira diferença regimentar refere-se à possibilidade de uma atuação em cadeia, ou seja, da relevância jurídico criminal dos cenários em que, entre o homem de trás e o homem da frente – o executor do ilícito típico –, existem um ou mais intermediários. A estruturação legal da autoria mediata como uma execução do facto por inter-

⁷⁴ Dias, 2012, p. 810.

⁷⁵ Dias, pp. 787 e 805, referindo “ou erro em que incorre o homem-da-frente e que foi inteiramente criado pelo homem-de-trás *exclui* o dolo e este é, nos termos gerais, autor mediato; ou *não exclui* e o homem-de-trás é **instigador** se o engano dolosamente provocado teve por efeito determinar o homem-da-frente à prática do facto” (p. 805) (itálico e negrito originais).

médio de outrem conduz à própria abertura dogmática da possibilidade legal de existir uma corrente de intermediários. A formulação legal do art. 26.º do CP quanto à autoria mediata tem já implícita uma corrente de intermediários, seja de um ou mais graus.

A discussão sobre a admissibilidade legal de um cenário de intermediação em segundo ou maior grau, isto é, com dois ou mais intermediários é, pois, infundada em face do elemento literal “outrem” presente naquele normativo. Este elemento literal, gramaticalmente, corresponde a um pronome indefinido substantivo *invariável* – quer em género, quer em número – logo, não constitui uma referência literal à singularidade da intermediação. O que está em causa na autoria mediata é o domínio da vontade, desta dependendo a efetivação do crime. Assim, releva para a autoria mediata a existência deste domínio e não o número de elementos instrumentalizados de que se serve o autor mediato para execução do facto ilícito que representa e quer; entendimento com cobertura legal através do elemento literal “outrem”⁷⁶. É, portanto, admissível um quadro de execução do facto por intermédio de um ou mais indivíduos⁷⁷.

Tal raciocínio não vale, no entanto, no quadro da instigação. Contrariamente ao que sucede na autoria mediata, o elemento literal do art. 26.º do CP, exclui a possibilidade de uma instigação em cadeia. Ainda que a referência “determinar outra pessoa à prática do facto” não forneça qualquer suporte lógico legal a um quadro de “determinação à determinação”, não se mostra pacífica a questão em torno da admissibilidade da instigação em cadeia, persistindo grande discordância doutrinal.

O instigador, no cenário jurídico criminal português, determina outro à prática do facto ilícito, isto é, cria noutro a resolução criminosa para a prática de um ilícito típico. Ora, o cenário da instigação à instigação, traduzida com recurso à expressão “determinar”, corresponde à determinação de outro à determinação de outro à prática do facto criminoso – ou seja, à criação noutro da vontade de criar num terceiro uma resolução criminosa. Este cenário de “determinação à determinação” não encontra a mínima correspondência com a formulação legal⁷⁸; o legislador expressamente refere que o instigado fique determinado à prática de um ilícito típico e não a determinar um terceiro à prática de um facto criminoso⁷⁹.

⁷⁶ Note-se que, no art. 26.º do CP, o legislador escolheu o pronome invariável “outrem” e não o pronome variável em número “outro”, ao contrário do que fez quanto à coautoria – “outro ou outros” e quanto à instigação – “outra pessoa”.

⁷⁷ A título de exemplo, veja-se o seguinte caso: *A*, sabendo que *B* tem sede e quer água, entrega a *C* uma garrafa cujo rótulo indica tratar-se de água, porém, trata-se na verdade de um potente veneno letal, inodoro e com a exata aparência da água que *A* substituiu, sem que *C* soubesse da troca, pensando tratar-se de água; *A* encarrega *C* de encher um copo com o conteúdo da garrafa que lhe entregou, e, em seguida, entregar o referido copo a *D*, com a indicação de que o copo deveria ser entregue a *B*; *D* recebe o copo de *C* e, tal como este lhe solicitou, entrega o mesmo a *B*, que bebe o conteúdo do mesmo, morrendo de imediato por envenenamento causado pela substância ingerida. Nesta situação, *A* é autor mediato e *C* e *D* são os intermediários de que se serve *A* para levar a cabo o homicídio de *B*. Temos, portanto, um cenário de autoria mediata com mais do que um intermediário, cujo fundamento reside na comunicação do erro aos sucessivos intermediários.

⁷⁸ Rejeitando a admissibilidade legal da instigação à instigação, Valdágua, 2001, p. 935; *Idem*, 2003, pp. 659 e 665; e Silva, 2015, p. 367. Em sentido contrário, admitindo a possibilidade e punibilidade da instigação em cadeia, cfr. Dias, 2012, p. 814; Brandão, 2008, p. 39, nota 39, bem como os autores aí referidos.

⁷⁹ Como refere Dias, 2012, p. 815, situação inteiramente distinta da instigação em cadeia é a da existência de “meros transmissores ou intermediários do propósito do instigado –, eles não serão autores, mas apenas poderão ser considerados e punidos como *cúmplices*” (itálico original); p. ex., *A* encarrega *B* de entregar uma

A instigação à instigação só será legalmente admissível e terá relevância jurídica, quando a instigação-fim, operada pelo primeiro instigado, constitua ela própria uma incriminação autónoma – como sucede, *v.g.*, com o incitamento ao suicídio (art. 135.º do CP) e instigação pública a um crime (art. 297.º do CP).

Ao nível da tentativa destas duas espécies de autoria, o momento em que se inicia a mesma diverge consoante esteja em causa um quadro de autoria mediata ou de instigação. Não se pretende agora uma análise da solução teórica que deve prevalecer quanto à determinação do momento em que se inicia a tentativa da autoria mediata e da instigação⁸⁰, sendo, ainda assim, possível identificar diferenças quanto a estas duas.

A tentativa na autoria mediata, consoante a teoria adotada, terá início ou no momento em que começa a atuação do autor mediato sobre o homem da frente – solução individual –, ou no momento em que termina a atuação do autor mediato sobre o homem da frente e o acontecimento criminoso sai do âmbito do autor mediato – solução individual modificada –, ou no momento em que o homem da frente inicia a execução do ilícito típico – solução global ou conjunta. O momento em que a tentativa se inicia poderá variar em virtude da teoria defendida, mas deverá sempre atribuir-se relevância criminal, ainda que a título excepcional, à atuação do autor mediato quando, como refere Figueiredo Dias, “no fim da actuação do agente mediato, existir já uma **conexão de perigo típica** para o bem jurídico ameaçado”^{81 82}. É, pois, possível um quadro de tentativa de autoria mediata, sem que o homem da frente chegue a praticar atos de execução.

Já quanto à instigação, dúvidas não existem de que o instigador só poderá ser punido após o instigado executar o facto determinado ou iniciar a execução. Não é, portanto, legalmente admissível a tentativa de instigação fracassada⁸³, estando esta completamente destituída de relevância punitiva para o instigador⁸⁴.

mensagem a C, cujo conteúdo visa determinar este à prática de um ilícito típico, o que se concretiza. Aqui B figura como cúmplice.

⁸⁰ A este propósito, cfr. Valdágua, 1986; *Idem*, 2003, pp. 671 e 672; e Dias, 2012, pp. 818 a 823.

⁸¹ Dias, 2012, pp. 820 e 821, sustentado que este raciocínio é uma decorrência do disposto na alínea c) art. 22.º do CP. Para demonstrar a existência da “conexão de perigo típica” o Autor apresenta, a título de exemplo, as seguintes situações: “A, à beira da cama de C, passa para as mãos de B a seringa envenenada para que seja logo ministrada, mas a seringa cai no chão e quebra-se”; “D prepara um whisky envenenado que deixa sobre a mesa e vai depois jantar fora e ao cinema, esperando que o marido E depare com o whisky e, como é, costume, o beba antes de jantar, mas, quando E se senta à mesa, disposto a tomar a bebida, o copo se quebra com uma rajada de vento que entrou pela janela que estava aberta” (*Idem*, p. 819 *ex vi* p. 821).

⁸² A propósito da afirmação da conexão de perigo típica, Figueiredo Dias, traduz a mesma numa “exigência **cumulativa** de uma dupla conexão: de uma *conexão de perigo* e de uma *conexão típica*” (Dias, 2012, p. 706, negrito e itálico originais). Mais acrescenta o Autor que a “**conexão de perigo** existe sempre que entre o último acto parcial questionado e a realização típica se verifica, segundo o lapso *temporal* mas também de acordo com o *sentido*, uma relação de **iminente implicação**” e a “**conexão típica** existe quando o acto penetra já no âmbito de protecção do tipo de crime” (*Idem*, p. 707, negritos e itálicos originais).

⁸³ Tal não sucede na Alemanha, porquanto o § 30 (1) do StGB estatui que “Quem tentar determinar ou instigar outro a cometer um crime será punido de acordo com o preceito sobre a tentativa do crime. No entanto, a pena deve ser atenuada de acordo com o § 49, inciso 1. O § 23, inciso 3 vale com as adaptações necessárias” – tradução de Garcia, 2013, p. 81, nota 324. Assim, no ordenamento jurídico penal alemão, ainda que o homem de trás fracasse no seu intento de determinar outrem à prática de um ilícito típico, a sua conduta assume relevância criminal. A este propósito, cfr. Garcia, 2013, pp. 81 e 82; Dias, 2012, pp. 798 e 799; e Roxin, 2014, § 26, n.º 65 ss.

⁸⁴ Neste sentido, cfr. Valdágua, 2001, p. 32; *Idem*, 2003, p. 671; Brandão, 2008, p. 49; Dias, 2012, pp. 822 e 823; Albuquerque, 2010, p. 147; Palma, 2008.

Por isto, salientamos, a destrição entre autoria mediata e instigação é de enorme importância, devendo o intérprete ou julgador investir minucioso cuidado na realização da qualificação jurídica da atuação de um homem de trás, porquanto, como referimos, os contornos da responsabilidade criminal do agente poderão divergir em acentuado grau consoante este seja considerado autor mediato ou instigador.

5. O “aliciamento” na modalidade de acordo criminoso: ainda instigação?

Como referimos, a importância da qualificação jurídica do “homem de trás” como autor mediato ou como instigador, deriva das diferenças existentes quanto ao respetivo regime legal destas formas de autoria. No entanto, não é esta diferenciação de regimes o único fundamento que acentua a importância da delimitação da instigação face à autoria mediata. O estudo desta matéria adquire maior relevo em virtude do surgimento de contraposições teóricas que visam a qualificação como autoria mediata de cenários típicos da instigação.

Com grande destaque no paradigma nacional, encontra-se a posição professada por Conceição Valdágua⁸⁵, cujas conclusões, a propósito do critério roxiniano do domínio do facto, apontam para o enquadramento de hipóteses de acordo criminoso – que a Autora enquadra no “aliciamento”⁸⁶ – no âmbito da autoria mediata, excluindo-as, assim, da instigação. O acolhimento desta tese sentiu-se, principalmente, na jurisprudência nacional⁸⁷, a qual culminou na subversão judicial da qualificação como autoria mediata de situações de instigação⁸⁸. Deste modo, afigura-se essencial uma análise dos contornos do pensamento de Conceição Valdágua.

A construção proposta pela Autora não concorre com a teoria do domínio do facto formulada por Roxin, isto é, não pretende fornecer qualquer conceptualização alternativa da autoria, mas sim corrigir determinados pontos daquela teoria, que a Autora considera menos acertados. Entende Conceição Valdágua que o Ilustre penalista alemão incorreu em erro ao excluir o pacto criminoso⁸⁹ – uma das modalidades de “aliciamento”⁹⁰ – do

⁸⁵ Com maior detalhe, cfr. Valdágua, 2001; *Idem*, 2003. Contra esta posição, defendendo a integração das situações de “aliciamento” no quadro da instigação, cfr. Dias, 2012, p. 808; Brandão, 2008, pp. 36 e 37.

⁸⁶ O “aliciamento”, tal como *supra* referimos, reporta-se aos casos em que alguém atua na tentativa de determinar outrem a praticar um facto tipicamente ilícito – p. ex., matar uma terceira pessoa –, mediante a efetivação de uma qualquer prestação, que corresponde à contrapartida pela execução de facto criminoso – p. ex., o homicídio; cfr. Valdágua, 2001, p. 935.

⁸⁷ Cfr. *supra* nota 1 – com particular destaque para o Ac. de Fixação de Jurisprudência do STJ n.º 11/2009, o qual, como refere Conceição Cunha, socorre-se da posição de Valdágua quanto ao âmbito da autoria mediata, mas já não quanto ao momento, por esta Autora defendido, em que esta modalidade de autoria se inicia, Cunha, 2020, p. 76.

⁸⁸ Uma vez que a base dogmática do Ac. de Fixação de Jurisprudência do STJ n.º 11/2009, in DR I série 139 de 21/07/2009 foi o pensamento de Conceição Valdágua, as críticas a este apontadas valem igualmente quanto àquele.

⁸⁹ Também “acordo criminoso”, ou “ajuste criminoso”, cfr. Valdágua, 2003, p. 664; ou ainda “mandato criminoso”, Valdágua, 2001, p. 935.

⁹⁰ Cfr. Valdágua, 2001, pp. 935 a 937, quanto às modalidades de “aliciamento” possíveis: *ajuste* – depende da “formação de um consenso entre o homem de trás e o executor”, bem como do “conhecimento, pelo homem de trás, da existência desse consenso”; *promessa* – dependente da execução do “facto tipicamente ilícito em contrapartida da prestação prometida, mas antes de o homem de trás ter conhecimento da aceitação da proposta e, conseqüentemente, da existência de consenso entre ele e o executor”; *dádiva* – quando

âmbito da autoria mediata⁹¹. A Autora não contesta a visão de Roxin quanto às formas possíveis de manifestação do domínio do facto – domínio da ação, domínio da vontade e domínio funcional do facto –, porém, discorda quanto à delimitação da autoria mediata e da instigação que resulta do critério roxiniano.

A construção elaborada pela penalista portuguesa pode resumir-se em quatro pilares dogmáticos. Entende a Autora que a conduta de determinar outro à prática de um ilícito típico, criando neste uma resolução criminosa, integra o âmbito de *executar um facto por intermédio de outrem*⁹², ou seja, as duas formulações presentes no art. 26.º do CP descrevem uma mesma realidade. Ora, aqui reside a primeira falácia desta construção, porquanto, como já demonstramos e para aí remetemos⁹³, são distintos os teores literais das formulações “executar o facto por intermédio de outrem” e “determinar outro à prática do facto”.

Outra das bases da construção apresentada pela Autora é a consideração de que a autoria mediata e a instigação retratam realidades distintas e, como tal, devem ser objeto de delimitação, sendo esta determinada em função da existência ou não de domínio do facto por parte do homem de trás. Esta visão resulta da circunstância de a Autora rejeitar a conceção da instigação como forma de autoria⁹⁴, afirmando que a mesma constitui mera participação, daí que não reconheça a existência de qualquer domínio do facto ao instigador.

Daqui surge o terceiro alicerce desta construção, segundo o qual o domínio do facto – sob a forma de domínio da vontade – advém da existência de uma subordinação voluntária do executor à decisão do homem de trás⁹⁵. A autoria mediata, defende a Autora, pode abranger casos em que seja possível imputar-se ao homem da frente uma autoria imediata, isto é, situações em que o executor é plenamente responsável⁹⁶. A inclusão destes casos no âmbito da autoria mediata representa a rejeição liminar do princípio da responsabilidade – que exclui da autoria mediata situações em que o homem da frente atue dolosamente –, enquanto crivo delimitador desta forma de autoria. Para distinguir os quadros de autoria mediata e de instigação, vale o critério da subordinação voluntária do executor, que atribui o domínio da vontade ao homem de trás quando o homem da frente voluntariamente se subordina à decisão daquele, independentemente do seu grau de consciência, de liberdade de decisão ou de esclarecimento. Esta subordinação, entende a Autora, não necessita de ser expressamente declarada pelo homem da frente

o executor, “depois de ter recebido a dádiva, tomar a decisão de executar o facto tipicamente ilícito em contrapartida dessa dádiva”.

⁹¹ Valdágua, 2001, p. 927.

⁹² Valdágua, 2003, pp. 663 a 665: “da actuação do agente mediato sobre o agente imediato decorre, expressa ou concludentemente, que ao tomar a resolução criminosa, que foi determinada ou co-determinada por aquela actuação, o agente imediato aceitou não executar o facto punível, no caso de o agente da retaguarda vir depois a comunicar-lhe que já não quer que esse facto seja praticado” (p. 663), acrescentado que se verifica nestes casos uma “subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato [...] [a qual confere] ao referido agente mediato o domínio do facto, pois, embora, não lhe garanta que o crime será cometido [...] coloca-lhe nas mãos o poder de planear e dirigir, em larga medida, o processo causal” (p. 665).

⁹³ Cfr., *supra*, pontos 5.1. e 6.

⁹⁴ Valdágua, 2001, p. 918.

⁹⁵ Valdágua, 2003, p. 665: “a subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato [...] confere ao referido agente mediato o domínio do facto”.

⁹⁶ Valdágua, 2003, pp. 663 a 665.

ao homem de trás, basta tão só que a atuação daquele seja concludente a essa subordinação⁹⁷. A instigação existiria sempre que o homem de trás dolosamente provocasse uma resolução criminosa no homem da frente e “desde que dela não resulte, expressa ou concludentemente, que o agente imediato se compromete a não executar o facto punível no caso de o agente da retaguarda vir a mudar de desígnio a esse respeito”^{98 99}.

Um último pilar sustenta a construção apresentada por Conceição Valdágua, designadamente, a associação categórica do acordo criminoso – nos quais se insere o acordo através do qual uma pessoa paga a outra determinada quantia para que este mate um terceiro – à subordinação voluntária do executor à decisão do homem da frente.

Quanto a estes dois últimos fundamentos, os mesmos representam falácias. Como suprarreferimos¹⁰⁰, a instigação implica uma repartição do domínio do facto pelo instigador e pelo instigado, domínio esse efetivamente presente nos dois sob a forma de domínio da decisão e domínio da ação, respetivamente. Como bem refere Conceição Valdágua, “no caso do pacto criminoso [...], já não depende exclusivamente da vontade do executor manter ou não essa resolução criminosa, nomeadamente no momento decisivo do início da execução”^{101 102}, porém, desta circunstância não pode a Autora concluir que exista uma subordinação voluntária suficientemente acentuada que permita afirmar que o homem de trás domina a vontade do homem da frente. Não se pode ignorar que o domínio do facto que é repartido pelo instigador e pelo instigado é mais acentuado neste do que naquele, mantendo o homem da frente um mínimo de consciência, liberdade e esclarecimento que lhe permite de forma autónoma optar, imediatamente antes do início da execução, pela preservação ou quebra da sua fidelidade ao direito. Mais, sobre a atuação do instigado é possível realizar-se um juízo concreto de censura, completamente autónomo do idêntico juízo que se faça relativamente ao instigador.

A subordinação voluntária é, pois, um falso pressuposto que não vale enquanto fronteira da autoria mediata. Aliás, Conceição Valdágua afirma que “os preceitos que descrevem e punem a instigação [...] no direito penal português [...] não exigem uma subordinação, voluntária ou involuntária, do executor – autor imediato do crime – a uma eventual decisão do instigador”¹⁰³, contudo, acrescentamos, também não o fazem quanto à autoria mediata. Poderia, ainda, contra-alegar-se que o texto legal não formula qualquer referência expressa ao princípio da responsabilidade. Mas, quanto a isso, insis-

⁹⁷ Valdágua, 2003, pp. 664 e 665: “ao celebrar com o agente mediato um acordo criminoso, o agente imediato está forçosamente a aceitar – pelo menos de forma concludente – que não executará o facto punível, que é objecto do acordo, se o agente mediato lhe vier a comunicar mais tarde, mas atempadamente, que mudou de desígnio e já não pretende que seja cometido o crime” (p. 664) (sublinhado nosso), “desde que dela não resulte, expressa ou concludentemente, que o agente imediato se compromete a não executar o facto punível no caso de o agente da retaguarda vir a mudar de desígnio a esse respeito” (p. 665) (sublinhado nosso).

⁹⁸ Valdágua, 2003, p. 665.

⁹⁹ Criticando a tese de Conceição Valdágua, invocando uma ideia de inexigibilidade e de adequação, cfr. Cunha, 2020, p. 74.

¹⁰⁰ Cfr., *supra*, ponto 5.3.

¹⁰¹ Valdágua, 2003, p. 667.

¹⁰² Suscitando o problema da desobediência à “contraordem” (expressão da Autora) do homem de trás, Cunha, 2020, p. 73, nota 16.

¹⁰³ Valdágua, 2003, p. 666.

timos que o mesmo está implícito no art. 26.º do CP, nomeadamente, pelos elementos literais empregues pelo legislador¹⁰⁴.

Uma última nota deve ainda ser referida quanto às razões que motivaram Conceição Valdágua a deslocar situações claras de instigação para a autoria mediata. Quanto a isto, a Autora nada refere expressamente, contudo, da sua exposição resulta ser seu entendimento que as diferenças de regime entre a autoria mediata e a instigação – quanto à sua execução em cadeia e à punibilidade da tentativa das mesmas – originam “largas zonas de impunidade”¹⁰⁵, ou seja, a qualificação das situações de “pacto criminoso” como instigação, gera, no entender de Conceição Valdágua, a impunidade do homem de trás quando a instigação seja em cadeia ou não passe do estádio da tentativa, em virtude de, refere a Autora, estes cenários não serem puníveis pela lei portuguesa vigente¹⁰⁶.

Ora, é absolutamente insustentável subverter a conceptualização dogmática da autoria mediata e da instigação, numa tentativa de, através da autoria mediata, chegar à punição de cenários de instigação aos quais a lei não atribui qualquer relevância criminal. Uma tal operação seria fazer *entrar pela janela* realidade que o legislador quis e fez *sair pela porta*, traduzindo-se numa clamorosa afronta do princípio da legalidade incluso no n.º 1 do art. 1.º do CP e no n.º 1 do art. 29.º da CRP.

6. Responsabilidade criminal na tentativa fracassada de instigação

É nosso intento com o presente estudo deslindar a qualificação das situações em que alguém atua na tentativa de gerar noutra pessoa uma resolução criminosa, determinando-a a matar uma terceira pessoa, sem que essa determinação chegue a efetivar-se, não obstante aquele que se tenta determinar fingir, perante o primeiro, que aceita levar a cabo o homicídio contratado. Porém, como havíamos ressaltado inicialmente, tal só é possível seguindo o trilha lógico que conduziria à adequada e acertada qualificação. Assim o fizemos, percorrendo todos os pontos que influenciam a determinação da responsabilidade do homem de trás que tenta determinar outro a matar uma terceira pessoa mediante a prestação de uma contrapartida.

Na senda das considerações *supra* aduzidas, podemos agora proceder, sem atropelos lógicos, a essa qualificação e à aferição da responsabilidade criminal que dela possa emergir. Essa análise será repartida por dois momentos distintos, primeiramente, focando-nos na responsabilidade criminal no plano *de iure condito*, e, em seguida, numa perspectiva *de iure condendo*, tendo por referência quer o sentido social da conduta de criar em alguém a resolução criminosa de proceder ao homicídio de uma concreta pessoa, tendo por base as exigências de política criminal, bem como a conceptualização dogmática da instigação.

¹⁰⁴ Sobre esta questão, cfr., *supra*, ponto 6.

¹⁰⁵ Valdágua, 2003, p. 660.

¹⁰⁶ Valdágua, 2001, pp. 934 e 935; *Idem*, 2003, pp. 659 e 671.

6.1. *De iure condito*

Da decomposição do cenário fáctico *supra* descrito resultam as seguintes parcelas: atuação de uma pessoa; destinada a determinar outra pessoa; a matar uma terceira pessoa; mediante a prestação de uma contrapartida; sem que a segunda chegue a ficar efetivamente determinada; e/ou sem que haja qualquer ato de execução do homicídio praticado pela segunda. Estes são os dados que, perante a redação do art. 26.º do CP, e tendo presente as considerações anteriormente apresentadas, permitirão proceder à qualificação da atuação global e ao apuramento da responsabilidade criminal daquele que tenta determinar outra pessoa.

O agente que tenta determinar outro à prática de um homicídio assume a qualidade de instigador, pois a sua atuação, tendente à contratualização onerosa de um homicídio, integra o quadro da instigação. É inegável que a atuação do homem de trás é dolosa, uma vez que este tem conhecimento de que a sua conduta corresponde à determinação de outra pessoa à prática de uma realização típica, punida por lei penal, e quer atingir essa determinação, bem como a execução do facto determinado.

Está em causa uma determinação de – ou, pelo menos, a tentativa de determinar – outra pessoa à prática de um homicídio e não uma execução de um homicídio por intermédio de outrem. Aquele que o homem de trás tenta determinar, e que seria ele próprio – o instigado – a executar o facto, tem pleno conhecimento de que está em causa um pacto para matar, não estando inibido por qualquer circunstância que lhe possa excluir o dolo em caso de vir a executar o homicídio. Assim, o homem da frente não é um intermediário instrumentalizado e isento de dolo, o que afasta a possibilidade de se verificar um cenário de autoria mediata.

A prestação de uma contrapartida não constitui um meio de instrumentalizar o homem da frente, porquanto, se o homem da frente ficasse determinado, não poderia afirmar-se que era da vontade do homem de trás que dependia a efetiva verificação do crime; além de que o homem da frente dispunha dos elementos cognitivos e emocionais necessários para controlar a verificação do facto. Assim, aquela prestação constitui apenas uma forma de tentar produzir noutro a resolução criminosa de matar um terceiro.

Tudo isto permite qualificar esta atuação como uma (tentativa de) instigação, punível nos termos do 26.º do CP. Acresce, no entanto, mais um elemento com fulcral relevância, a determinação que não chega a efetivar-se. Ora, a formulação daquele dispositivo exige para a criminalização da atuação do homem de trás – o instigador – que o homem da frente fique efetivamente instigado, ou seja, que fique verdadeiramente determinado à prática do facto, *in casu*, o homicídio de um terceiro. Tal não sucede, não obstante o homem da frente, bem sabendo que não queria e não praticaria o homicídio, fazer crer no homem de trás que iria proceder à prática do facto. A exigência da efetiva determinação inclusa naquele normativo constitui uma referência ao plano interno do homem da frente, isto é, está em causa uma determinação psicológica, estritamente conexas com o homem da frente e não com a representação do homem de trás. Assim, não apresenta qualquer relevância a aceitação do pacto de homicídio proposto pelo instigador, efetuada pelo homem da frente sob reserva mental, esta sempre desconhecida do homem de trás.

Além disto, e ainda que o homem da frente tivesse ficado determinado, faltaria a verificação de outro pressuposto da instigação, designadamente, a execução do homicídio, ou o começo da execução, por parte do instigado. Uma vez que nem determinado ficou o “instigado”, não se cogita sequer que, a verificar-se a execução do homicídio pretendido, a mesma seja concebida como a exteriorização da resolução criminosa criada pelo suposto “instigador” – assim, porque não existe qualquer determinação a que se possa imputar tal execução.

Isto posto, só se afigura admissível a qualificação da atuação do homem de trás como sendo uma tentativa de instigação, pois, esta não chega a verificar-se em razão da não efetivação da determinação do instigado à prática do homicídio; tentativa fracassada, exatamente pelo mesmo fundamento – o “pretense” instigador atuou sobre o “quase” instigado, mas fracassou no seu intento de o determinar. Tendo presente o regime legal da instigação¹⁰⁷, a tentativa (fracassada) de instigação é destituída de responsabilidade criminal, não podendo o instigador ser punido enquanto instigador¹⁰⁸.

6.2. *De iure condendo*

Sem prejuízo de tudo quanto dissemos, a gravidade inerente à tentativa de instigação ao homicídio, obriga a que se reconsiderem as soluções legais vigentes. A atuação sobre alguém com o objetivo de determinar essa pessoa a matar uma outra constitui uma conduta objeto de elevada reprovação social. A vida humana corresponde ao bem jurídico com maior e mais intensa dignidade penal, e cuja importância é reconhecida transversalmente pela comunidade em geral.

Atendendo ao tipo de ilícito objeto da instigação em questão, o homicídio, há de convir-se que as exigências de prevenção geral e especial impõem como necessária a concretização de um juízo de censura de uma tal conduta, ainda que fracassada. A conexão de perigo entre aquela atuação e o bem jurídico ameaçado pela mesma – a vida – é extremamente acentuada. Não se pode conceber que, diante de um Estado de Direito Democrático, seja destituída de relevância a conduta de alguém que tenta, através de meios mais ou menos persuasivos, criar noutro o desígnio de quebrar a sua fidelidade ao direito – e de forma extremamente censurável, tirando a vida a alguém dolosamente¹⁰⁹.

Assim, entendemos que, relativamente à tentativa de instigação à prática de homicídio doloso, deve tal conduta ser objeto de criminalização autónoma¹¹⁰, e, pelo acentuado perigo que só a tentativa cria de imediato para o bem jurídico vida, sem a exigência dos requisitos da efetivação da determinação do homem da frente e, conseqüentemente, do requisito do início da execução do homicídio.

¹⁰⁷ Cfr. *supra* ponto 6.

¹⁰⁸ Com idêntico entendimento, cfr., Ac. do STJ de 31/10/1996, proc. n.º 048948, Relator: Ferreira Rocha; Ac. do TRP de 12/09/2007, proc. n.º 702/06.8GBCNT-A.C1, Relator: Gabriel Catarino; Ac. do TRP de 10/02/2016, proc. n.º 1898/09.2JAPRT.P1, Relator: Nuno Ribeiro Coelho; Ac. do STJ de 20/09/2018, proc. n.º 1324/15.8T9PRT.P1.S1, Relator: Carlos Almeida.

¹⁰⁹ A propósito do Princípio da ofensividade, da dignidade penal e da carência de tutela no âmbito da necessidade de previsão e punição legal da tentativa de instigação fracassada, ver as considerações aduzidas por Monteiro, 2014, pp. 33 e ss.; e Garcia, 2013, pp. 89 e ss.

¹¹⁰ Sugerindo idêntica solução, Palma, 2008; Cunha, 2017, p. 88; Cunha, 2020, pp. 89 e 90; Monteiro, 2014, pp. 34 e 35; Garcia, 2013, pp. 92 e ss.; Fardilha, 2018, pp. 42 e ss.; e Sousa, 2017, pp. 219 e 220.

Ressalva-se, porém, que a criminalização autónoma da tentativa de instigação ao homicídio estruturada nestes moldes – sem os pressupostos da determinação do “instigado” e do início da execução – deve apresentar uma moldura da pena substancialmente inferior à moldura das penas correspondentes ao crime de homicídio simples, tanto na forma consumada, como na tentada, previsto e punido no art. 131.º do CP (conjugado com os arts. 22.º e 23.º, em caso de tentativa), sob pena de elevada desproporcionalidade ao punir a instigação ao homicídio com uma moldura penal próxima da moldura penal correspondente ao homicídio tentado ou consumado. Não esqueçamos que a tentativa de instigação ao homicídio se situa num patamar de gravidade consideravelmente abaixo do patamar em que se situa a efetiva tentativa de homicídio.

7. Conclusão

À medida que fomos avançando com este estudo, tentámos sempre demonstrar quais os passos lógicos necessários para que se proceda à caracterização correta dos cenários de tentativa fracassada de instigação. Partimos de uma situação específica – o aliciamento ao homicídio, ou, melhor, a tentativa de acordo de homicídio – rumo à delimitação do instituto da instigação, com especial foco nos pontos que se conxionam com aquele caso concreto. Após uma compreensão do âmbito da instigação, regressámos ao cenário fáctico inicialmente em mente, a fim de que, munidos, agora, dos pilares estruturais da instigação, o pudéssemos qualificar com a devida retidão, e sem ultrapassar as barreiras impostas pelo princípio da legalidade. Foi precisamente isso que realizámos e desse labor podemos colher algumas conclusões que, sumariamente, iremos então expor.

A responsabilidade criminal daquele que alicia outro a matar um terceiro, mediante a prestação de uma contrapartida, está indexada à qualificação de todo este quadro fáctico e, conseqüentemente, à qualificação da posição que o primeiro assume nesse quadro.

A autoria, consagrada no art. 26.º do CP, é, no pensamento roxiniano, o núcleo subjetivo de todo o acontecimento criminoso, correspondendo a participação à periferia do mesmo. Para circunscrever as duas áreas é necessária uma linha dogmática, que Roxin concebe através da teoria do domínio do facto. Assim, o autor será sempre aquele que detém o domínio do facto, o qual é passível de ser imputado ao autor imediato, ao autor mediato, ao coautor, e ao instigador – quanto a este último, sob a modalidade de domínio de decisão.

O acordo de homicídio é, em suma, um cenário composto por, pelo menos, um homem de trás e um homem da frente. Ora, é exatamente este um dos elos comuns entre a autoria mediata e a instigação, e, portanto, numa destas duas espécies de autoria, se insere a realidade fáctica da tentativa do acordo de homicídio.

Tal qualificação está dependente da delimitação entre autoria mediata e instigação, efetuada segundo a existência ou não da responsabilidade plena do homem da frente – princípio da responsabilidade. Sendo o executor plenamente responsável, está excluída a possibilidade de se afirmar um quadro de autoria mediata, e, deste modo, estaremos perante uma instigação.

No acordo de homicídio está em causa a execução de um homicídio mediante a prestação de uma contrapartida, e o homem da frente tem pleno conhecimento disso, não estando instrumentalizado pelo homem de trás. Se atuar no sentido da execução do homicídio, o homem da frente será, tal como o seu instigador, plenamente responsável, porquanto a conduta dos dois é dolosa.

Sucedo que, a instigação só é punível se se verificar a efetiva determinação do homem da frente e o início, pelo menos, da execução do homicídio objeto da instigação. Por conseguinte, inexistindo estes pressupostos, o instigador, não obstante ter efetivamente atuado na tentativa de determinar o homem da frente a matar alguém, não será punido. A ocorrência de um aliciamento ao homicídio, sem a verificação destes pressupostos, reconduz-se a uma tentativa – diga-se, fracassada – de instigação, destituída de relevância criminal, quer na perspectiva do instigador, quer na perspectiva do instigado. Não apresenta qualquer importância uma aceitação do homem da frente, efetuada sob reserva mental, bem sabendo o próprio que não está determinado, primeiro, porque não ocorreu a efetiva determinação do visado pela atuação do instigador e, segundo, porque, se o homem da frente não está determinado, então também não iniciou a execução do homicídio.

Ainda assim, a atuação do instigador num cenário de uma tentativa de acordo de homicídio é potenciador de um risco e de um perigo para a vida daquele que se pretende matar. A negociação do homicídio de alguém, ainda que se situe num estágio anterior à execução do mesmo e à efetiva lesão desse bem jurídico, é insustentável e absolutamente incompatível com os princípios que norteiam a comunidade em geral. Uma tal negociação representa já um perigo que não pode sequer coexistir com a vida humana, ainda que num quadro de tentativa não punível.

Nestes termos, entendemos ser urgente uma alteração legislativa no sentido da incriminação autónoma da instigação ao homicídio, estruturada sem a exigência dos pressupostos que estruturam a instigação-autoria incluída na quarta proposição do art. 26.º do CP, ou seja, sem a necessidade da efetiva determinação do instigado e sem a exigência de que este inicie a execução do homicídio acordado.

Só assim se poderá dissuadir e combater os casos de aliciamento ao homicídio que têm proliferado na nossa sociedade, sem abalar o pilar fundamental do princípio da legalidade expresso no n.º 1 do art. 1.º do CP e no n.º 1 do art. 29.º do CRP.

8. Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE, P.P. (2010). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.^a Edição atualizada. Lisboa: Universidade Católica Editora.

BRANDÃO, N. (2008). “Acto para matar: autoria e início de execução. *RPCC*, Ano 18, n.º 4, outubro-dezembro, pp. 531-605.

CORREIA, E. & FIGUEREDO DIAS, J. (1968). *Direito criminal*, vol. II, reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina.

CORREIA, E. (1951). Problemas fundamentais da comparticipação criminosa. *RDES* (Separata), n.ºs 1 a 3.

COSTA, A.M.A. (2014). *Ilícito pessoal, imputação objectiva e comparticipação em direito penal*. Coimbra: Livraria Almedina.

COSTA, J.F. (1983). Formas do crime. In *Jornadas de Direito Criminal: O novo código penal português e legislação complementar*. Lisboa: CEJ, pp. 157-184.

CUNHA, M.C.F. (2020). Aliciamento para matar: que relevância jurídico-penal? In Sequeira, E.V. *Católica Talks: Responsabilidade*. Lisboa: Universidade Católica Editora, pp. 69-72.

CUNHA, M.C.F. (2017). *Os crimes contra as pessoas: Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino da disciplina*. Porto: Universidade Católica Editora.

DIAS, J.F. (2012). *Direito penal, parte geral, Tomo I: Questões fundamentais e a doutrina geral do crime*, 2.^a Edição, 2.^a reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora.

FARDILHA, M.C.N. (2018). *Tentativa de instigação: punibilidade da proposta de homicídio*. Dissertação de Mestrado em Direito Criminal. Porto: Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

FERREIRA, M.C. (2010). *Lições de direito penal: parte geral*, reimpressão. Lisboa: Almedina.

GARCIA, A.R.G. (2013). *Da relevância jurídico-penal da instigação sem início de execução*. Dissertação de Mestrado em Direito. Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

MONTEIRO, I.T. (2014). *Proposta de homicídio: da punibilidade da tentativa do autor mediato e do instigador na criminalidade e no âmbito dos delitos de domínio*. Dissertação de Mestrado em Direito Criminal. Porto, Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

PALMA, M.F. (2008). Tentativa de instigação. *Correio da Manhã*, 26 de outubro de 2008.

ROXIN, C. (2000). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Trad. J.C. Contreras & J.L.G. Murillo. Madrid: Marcial Pons.

ROXIN, C. (2014). *Derecho penal, parte general*. Tomo II, Trad. Penã, D.M.L. Madrid: Editorial Civitas.

SILVA, G.M. (2015). *Direito penal português: teoria do crime*, 2.^a Edição. Lisboa: Universidade Católica Editora.

SOUSA, S.A. (2017). “Contratado” para matar: o início da tentativa em situações de aliciamento (Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de fevereiro de 2016). *RPCC*, n.º 1, pp. 181-220.

VALDÁGUA, M.C. (2003). Autoria mediata em virtude do domínio da organização ou autoria mediata em virtude da subordinação voluntária do executor à decisão do agente mediato? In Andrade, M.C., Costa, J.F., Rodrigues, A.M. & Antunes, M.J. (org.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. S.l.: Coimbra Editora, pp. 651-674.

VALDÁGUA, M.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. In Dias, J.F., Barreto, I.C., Beleza, T.P. & Ferreira, E.P. (org.). *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. I, pp. 917-938. S.l.: Coimbra Editora.

VALDÁGUA, M.C. (1986). *Início da tentativa do co-autor: contributo para a teoria da imputação do facto na co-autoria*. Lisboa: Editora Danúbio.

Índice de Jurisprudência

Ac. do STJ de 31/10/1996, proc. n.º 048948, Relator: Ferreira Rocha.

Ac. do TRP de 08/10/1997, proc. n.º 9740859, Relator: Dias Ferreira.

Ac. do TRP de 20/09/2006, proc. n.º 0644842, Relator: Jorge Jacob.

Ac. do TRP de 12/09/2007, proc. n.º 702/06.8GBCNT-A.C1, Relator: Gabriel Catarino.

Ac. do STJ de 16/10/2008, proc. n.º 07P3867, Relator: António Colaço.

Ac. de Fixação de Jurisprudência do STJ n.º 11/2009, in DR I série 139 de 21/07/2009.

Ac. do TRP de 10/02/2016, proc. n.º 1898/09.2JAPRT.P1, Relator: Nuno Ribeiro Coelho.

Ac. do STJ de 24/05/2017, proc. n.º 1898/09.2JAPRT-A.P2.S1, Relator: Pires da Graça.

Ac. do STJ de 20/09/2018, proc. n.º 1324/15.8T9PRT.P1.S1, Relator: Carlos Almeida.

Ac. do STJ de 13/02/2020, proc. 1324/15.8T9PRT.P1.S1-A, Relator: Santos Cabral.

IVA – Direito à dedução e seus requisitos
A formalidade na substância e a substancialidade na forma

Maria Augusta de Andrade Lopes

Sob a orientação da
Professora Doutora Maria Odete Oliveira

Ao meu marido

*Fazer uma lei e não velar pela sua execução
é o mesmo que autorizar aquilo que queremos proibir.*

Armand Jean du Plessis, Cardeal de Richelieu,
Duque de Richelieu e de Fronsac
político francês, primeiro-ministro de Luís XIII de 1628 a 1642

Agradecimentos

Agradeço à minha orientadora,

Aos meus pais,

Ao meu fiel amigo,

Aos meus colegas de trabalho da Autoridade Tributária e Aduaneira.

Resumo

Já Thomas Jefferson, terceiro Presidente dos Estados Unidos da América, alertava para o facto de que “A aplicação das leis é mais importante que a sua elaboração”, constatação que embora com mais de duzentos anos não perdeu atualidade! De facto, só quem tem no dia-a-dia que interpretar e aplicar leis como a Diretiva IVA e o Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado e a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia é que sente verdadeiramente as dificuldades que estes diplomas legais encerram. Com o presente trabalho, é nosso objetivo dar um contributo para a clarificação do “exercício do direito à dedução do imposto sobre o valor acrescentado” e encontrar um caminho para que a efetivação a este direito se faça com a exata expressão e medida com que é legalmente consignado, a bem da certeza e segurança jurídica para quem é seu titular e da confiança legitimada para quem no seu dia-a-dia tem como missão aferir da conformidade entre os normativos legais e a respetiva aplicação a casos concretos.

Palavras chave: Sujeito passivo; IVA; direito à dedução; substância; forma; neutralidade.

Abstract

Thomas Jefferson, the third President of the United States of America, used to say that “Law enforcement is more important than its elaboration”, a fact that, although over two hundred years old, has not lost its relevance. In fact, only those who have to interpret and apply laws, in general, and the Value Added Tax Directive and the Portuguese Code, in particular, altogether with the case law of the European Court of Justice, on a day-to-day basis, truly feel the difficulties that this job contains. With the present work, our aim is to contribute to the clarification of the “exercise of the right to deduct the input value added tax”. Furthermore, we intend to find a way for this right to be exercised as legally consigned for the safeguard of both taxpayers and those whose mission is to guarantee the conformity between legal norms and their application to concrete cases.

Keywords: Taxpayer; VAT; input VAT deduction; substance; form; neutrality.

Abreviaturas / Siglas

Art.	Artigo
AT	Autoridade Tributária
CAAD	Centro de Arbitragem Administrativa
Cfr.	confrontar
CIVA	Código sobre o Valor Acrescentado
DIVA	Diretiva IVA – 2006/112/CE
IVA	Imposto Sobre o Valor Acrescentado
LGT	Lei Geral Tributária
STA	Supremo Tribunal Administrativo
TJUE	Tribunal Judicial da União Europeia
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
UE	União Europeia

Índice

1. Introdução	8
2. Breves notas sobre a origem, evolução e caracterização do imposto sobre o valor acrescentado como imposto sobre o consumo	9
2.1. Origem	9
2.2. Caracterização	10
2.3. Evolução	11
2.4. O sucesso do modelo em que se consubstancia	11
2.5. O direito à dedução como alicerce da boa “performance” do IVA e a sua consagração nas Diretivas IVA	12
3. Direito à dedução de IVA – Requisitos de substância vs. requisitos de forma	12
3.1. Considerações gerais	12
4. Os requisitos substanciais do exercício do direito a dedução	14
4.1. A qualidade de sujeito passivo	14
4.2. A natureza da atividade desenvolvida ou do ato praticado	15
4.3. O requisito temporal	17
5. Requisitos de forma	18
5.1. Importância e função da fatura no sistema IVA	18
5.2. Regras de faturação na DIVA e CIVA	19
5.3. Consequências do incumprimento das formalidades das faturas no direito à dedução – regulação interna e comunitária	21
5.3.1. Efeitos da inobservância dos requisitos das faturas exigidos pelo CIVA no direito à dedução	21
5.3.2. Efeitos da inobservância dos requisitos das faturas exigidos pela DIVA no direito à dedução	22
6. Diferença entre inobservância dos requisitos formais das faturas, outras obrigações formais, faturas falsas e inexistência de fatura	33
7. Conclusões	34
8. Bibliografia	36

1. Introdução

O mecanismo do crédito de imposto constitui uma das traves-mestras¹ do Imposto sobre o Valor Acrescentado², talvez a mais importante. O que faz do IVA um imposto sobre o valor acrescentado é a faculdade que se atribui a cada operador económico de deduzir ao imposto que liquida nas suas vendas o imposto suportado nas suas compras, entregando ao estado apenas a diferença, quando o saldo seja positivo ou, sendo titular de um crédito sobre ele, quando o saldo seja negativo.

Isto mesmo tem sido afirmado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia³ nas suas decisões, como é caso do acórdão *Petroma*, de 2013⁴:

o direito a dedução constitui um princípio fundamental do sistema comum do IVA que não pode, em princípio, ser limitado e que se exerce imediatamente em relação à totalidade dos impostos que tenham onerado as operações efetuadas a montante, regime das deduções assim estabelecido visa aliviar inteiramente o empresário.

Todavia, o exercício do direito à dedução do IVA suportado nas operações a montante em bens e serviços empresariais não é um direito absoluto e incondicional. A Diretiva IVA – 2006/112/CE⁵, nos artigos 176.º, 177.º e 395.º, admite restrições ao mesmo por razões de segurança jurídica, por razões conjunturais e com o objetivo de lutar contra a fraude ou evasão fiscais ou de simplificar a cobrança do imposto. De facto, como constitui jurisprudência assente do TJUE, implicando as limitações ao direito à dedução incidências negativas no nível da carga fiscal, elas devem, não só ser muito limitadas, mas também, ser aplicadas de modo similar em todos os estados-membros, em rigoroso cumprimento das normas constantes daquela DIVA.

Quer na atual DIVA, quer nas que lhe precederam⁶, o direito à dedução sempre foi condicionado a um variado conjunto de requisitos de substância e de forma.

Será esta a temática deste trabalho. O estudo versará sobre as condições de substância e de forma que são exigidas para o exercício do direito à dedução, com especial ênfase no requisito formal da exigência de uma fatura e nos procedimentos de retificação da mesma, em caso de inobservância dos elementos obrigatórios previstos no artigo 226.º da DIVA.

A análise far-se-á por remissão para a disciplina da DIVA, da disciplina nacional do Código do Imposto sobre o Valor Acrescentado⁷ e a jurisprudência mais relevante do TJUE, atenta a força obrigatória que estas decisões têm para todos os órgãos jurisdicionais dos respetivos estados-membros que ficam, portanto, vinculados pela interpretação dada pelo TJUE.

¹ Vasques, 2015b, p. 335.

² Doravante IVA.

³ Doravante TJUE.

⁴ Acórdão do TJUE, de 8 de maio de 2013, Caso *Petroma*, processo C-271/12, n.º 22-24.

⁵ Doravante DIVA.

⁶ Diretivas 67/228/CEE; 91/680, 92/77, 67/228/CEE e 77/388/CEE.

⁷ Doravante CIVA.

Propomo-nos abordar esta temática numa perspetiva teórica imbuída de uma forte componente prática, dado que os meros conceitos teóricos são incapazes de servir de suporte a uma prática esclarecida.

De acordo com o relatório de combate à fraude e evasão fiscal relativo a 2016, verifica-se que o número de faturas emitidas tem vindo a aumentar. Em 2016 foram emitidas e comunicadas, à Autoridade Tributária e Aduaneira (AT)⁸, 5.470.629.280 faturas, o que representa um aumento de cerca de 3,6%, relativamente ao período homólogo de 2015.⁹

Tendo em conta estes números e a ideia de que a fatura é uma espécie de “cheque” sobre o Estado, é possível identificar um potencial foco de tensão entre a Administração fiscal e os sujeitos passivos. Por um lado, o sujeito passivo a reivindicar a dedução do IVA suportado e por outro o Estado a querer controlar a exata cobrança do IVA e a evitar reembolsos indevidos.

Parece-nos, assim, que este tema se apresenta de grande interesse prático quer para os sujeitos passivos quer para a Administração fiscal.

2. Breves notas sobre a origem, evolução e caracterização do imposto sobre o valor acrescentado como imposto sobre o consumo

2.1. Origem

O primeiro modelo teórico do IVA surgiu na Alemanha, em 1919, pela mão de Carl Friedrich von Simens, como alternativa destinada a aperfeiçoar os impostos de transações e como solução para o problema da tributação em cascata, a qual não teve, todavia, aceitação pelo respetivo parlamento, pelo que só em 1968, na sequência do processo de harmonização fiscal no quadro da Comunidade Económica e Europeia, é que a Alemanha acabou por introduzir no seu ordenamento jurídico o IVA.¹⁰

Assim, acabou por ser a França que, em 1954, com base nos trabalhos do Inspetor Tributário Maurice Lauré, primeiramente o adotou com algumas das características e contornos que hoje lhe reconhecemos, muito embora com um âmbito de aplicação mais restrito, como imposto monofásico na produção, *a taxe à la production*.¹¹

Na Comunidade Económica Europeia, tendo como fundamentos o Tratado de Roma e o Relatório Neumark, o IVA foi implementado após a aprovação, em 11 de abril de 1967, das primeiras diretivas – a Primeira Diretiva IVA, Diretiva 67/227/CEE, e a Segunda Diretiva IVA, Diretiva 67/228/CEE. A primeira traçava os princípios gerais do sistema e obrigava os Estados Membros a adotar o IVA, o mais tardar a partir de 1 de janeiro de 1970. A segunda, nos seus 21 artigos, definia os aspetos essenciais da estrutura comum do novo imposto, sendo, pois, o embrião do que viria a ser o sistema comum do IVA constante da Sexta Diretiva IVA, a Diretiva 77/388/CEE, de 17 de maio de 1977, conhecido na gíria como Código Europeu do IVA.

⁸ Doravante AT.

⁹ Disponível no Portal do Governo.

¹⁰ Vasques, 2015b, p. 44.

¹¹ Ibid., p. 46.

Em Portugal o IVA foi introduzido em 1986¹², modificando de forma profunda e radical o regime da tributação indireta então existente, caracterizado pela existência de um imposto monofásico na fase do grossista e, por um imposto que tributava, seletivamente, alguns serviços.

2.2. Caracterização

O IVA pode ser caracterizado da seguinte forma:¹³

- é um imposto geral sobre o consumo que incide sobre as transmissões de bens, as prestações de serviços, as importações e as aquisições intracomunitárias;
- é um imposto de base comunitária, porquanto, encontra-se regulado por várias diretivas do Conselho das Comunidades Europeias, sendo também, o expoente máximo da harmonização fiscal na União Europeia¹⁴, com obrigatoriedade de adoção por todos os estados que aderem à União Europeia.
- A harmonização do IVA na UE baseou-se em três razões:
 - prevenir que, através da tributação indireta interna, os estados-membros introduzissem medidas fiscais que pusessem em causa os objetivos da União Aduaneira;
 - necessidade de evitar distorções de concorrência entre mercados nacionais e empresas que operam nesses mercados;
 - instituição do regime de receitas próprias do Orçamento comunitário (o IVA é um recurso próprio do Orçamento da UE desde 1979).
- É um imposto plurifásico que incide em todas as fases do circuito económico, desde a produção/importação ou aquisição intracomunitária ao retalho, destinando-se, todavia, por opção expressa do legislador, a ser suportado, a final, pelos consumidores e utilizadores finais e bens e serviços;
- é um imposto sem efeitos cumulativos, funcionando num sistema de pagamentos fracionados¹⁵, dado que todos os operadores económicos repercutindo aos seus clientes imposto sobre o preço de venda, têm direito a deduzir a esse imposto aquele que lhes foi repercutido pelos seus fornecedores nos diversos elementos constitutivos do preço dos diferentes bens e serviços sujeitos a tributação. Ou seja, cada operador económico apenas entrega ao Estado uma fração do total do imposto que, no fim do circuito, irá ser suportado, efetivamente, pelo consumidor final.

¹² DL 394-B/84, de 26 de dezembro, com entrada em vigor em 1 de janeiro de 1986, coincidente aliás com o momento de adesão do país à então Comunidade Económica Europeia.

¹³ Cfr. Preâmbulo do Código do IVA integrado no decreto-lei acima referido.

¹⁴ Doravante EU.

¹⁵ Característica resulta do método de cálculo utilizado para apuramento do imposto devido por cada operador económico a que se chama método de crédito de imposto, método subtrativo indireto ou ainda método das faturas.

2.3. Evolução

Após a aprovação das primeiras duas diretivas (designada como primeira fase de harmonização), o regime do IVA foi, com a aprovação da Sexta Diretiva em 1977 (segunda fase de harmonização), densificado nos seus elementos essenciais, cumprindo a sua missão de estabelecimento de uma disciplina comum e limitando a margem de liberdade dos estados na sua estruturação. Depois, a evolução prosseguiu, com destaque para:

- a aprovação das Diretivas 91/680 e 92/77 (terceira fase da harmonização), instituindo o regime transitório de tributação no destino para as transações intracomunitárias e promovendo uma aproximação das taxas do imposto (fixação de um valor mínimo para a taxa normal do imposto -15% - e para as taxas reduzidas - 5% - e abolição das taxas agravadas);
- a reformulação da Sexta Diretiva, muito descaracterizada com todas as alterações que as anteriores lhe introduziram, e a sua substituição pela “Diretiva IVA” – 2006/112/CE, em vigor.

2.4. O sucesso do modelo em que se consubstancia

Para Clotilde Palma¹⁶ e Sérgio Vasques o IVA¹⁷ é um sério caso de sucesso no mundo da Fiscalidade: constitui o mais importante imposto geral sobre o consumo da modernidade; encontra-se espalhado pelos quatro cantos do mundo e a sua expansão representa, sem a menor dúvida, o mais bem-sucedido movimento de receção jurídica que testemunhou o moderno direito fiscal.

A comprovar este sucesso está o facto de, hoje, o sistema fiscal de cerca de 160 países integrar impostos com as características do IVA (na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico só os Estados Unidos da América não têm IVA). Nos países de língua oficial portuguesa, temos IVA em Cabo Verde (2003-2004), Moçambique (1999). Angola, São Tomé e Príncipe e Timor, no âmbito das reformas fiscais em curso, pensam introduzir o IVA e o Brasil, que possui IVAS estaduais, tem vindo a manifestar a possibilidade da sua aplicação ao nível federal, tendo eliminado um impedimento constitucional nesse sentido.¹⁸

A grande maioria da doutrina especializada explica o sucesso deste imposto, fazendo apelo às suas características: trata-se de um imposto geral sobre o consumo, indireto, que opera em todas as fases do processo produtivo segundo o método indireto subtrativo; é economicamente neutral; tem uma alta capacidade relectora e, contém em si mesmo, um mecanismo de autopolicamento por assentar num sistema de crédito titulado por fatura, em que cada operador económico tem interesse direto em exigir fatura do operador económico que o antecede no circuito, para assim estar legitimado a deduzir o imposto suportado (*audit trail* com todos os sujeitos passivos a serem “policias” uns dos outros).¹⁹ Ao princípio de neutralidade juntam-se outros igualmente carac-

¹⁶ Celorico Palma, 2014, pp. 11 a 13.

¹⁷ Vasques, 2015b, p. 17.

¹⁸ O diabo não está na Constituição, mas sim na técnica fiscal a utilizar, Sá e Silva, 2017, p. 59.

¹⁹ Vasques, 2015b, pp. 39 a 40.

terizadores do IVA de que tratamos: o princípio da igualdade, o princípio da tributação do destino e o da proibição do abuso.

2.5. O direito à dedução como alicerce da boa “performance” do IVA e a sua consagração nas Diretivas IVA

Constitui hoje um lugar comum em toda a doutrina e jurisprudência do IVA que o mecanismo do direito à dedução é o garante de todas as vantagens de que o IVA é titular.

Este mecanismo resulta da disciplina dos artigos 167.º a 192.º da DIVA e, da sua transposição para a ordem jurídica nacional, no artigo 19.º e seguintes do CIVA.

Ab initio consagrado, como não podia deixar de ser, na Primeira Diretiva, quanto à enunciação do princípio²⁰ e, de uma forma bem mais completa na Segunda Diretiva²¹, o legislador deixava ainda uma grande margem de manobra na sua disciplina de aplicação aos estados membros.

É em 1977, com a Sexta Diretiva IVA (artigo 17.º) que o direito à dedução foi disciplinado, de forma a ser quase inexistente a liberdade de conformação concedida aos estados- membros destinatários, disciplina que é mantida, sem relevantes alterações na atual Diretiva 2006/112/CE, nos artigos 167.º e seguintes.

Consubstanciando-se o direito à dedução num crédito de imposto sobre os cofres públicos, compreende-se que ele deva ser devidamente regulamentado de forma a garantir que o crédito do adquirente tem a exata medida do débito do transmitente (a significar que os cofres públicos apenas compensem com o crédito a receita obtida em estágio anterior), ou seja, que esse crédito exista realmente e por esse valor.

3. Direito à dedução de IVA – Requisitos de substância vs. requisitos de forma

3.1. Considerações gerais

Feita uma abordagem introdutória, estamos agora em condições de “dissertar” sobre o tema que propusemos – IVA – Direito à dedução e seus requisitos – A formalidade na substância e a substancialidade na forma –, distinguindo, como o faz a doutrina e a jurisprudência, entre requisitos de substância e requisitos de forma. A análise far-se-á por remissão para a disciplina da DIVA, a disciplina nacional do CIVA e a jurisprudência mais relevante do TJUE, atenta a força que as suas decisões têm para todos os órgãos jurisdicionais dos respetivos Estados-membros que ficam, portanto, vinculados pela interpretação dada pelo TJUE.

Tanto o CIVA, como a DIVA, consagram o princípio geral da dedutibilidade de todo o IVA incorrido em aquisições feitas no contexto empresarial, com a intenção de efetuar operações sujeitas a imposto e deste não isentas.

²⁰ Artigo 2.º, segundo parágrafo: “Em cada transacção, o imposto sobre o valor acrescentado, calculado sobre o preço do bem ou do serviço à taxa aplicável ao referido bem ou serviço, é exigível, com prévia dedução do montante do imposto sobre o valor acrescentado que tenha incidido directamente sobre o custo dos diversos elementos constitutivos do preço”.

²¹ Artigo 11.º.

Pode dizer-se que a construção jurídica em que assenta o imposto é resultante do seguinte binómio:²²

- liquidação a jusante;
- dedução a montante.

O que significa, *a contrario*, que, sempre que não exista liquidação a jusante, também não haverá direito a dedução do imposto a montante, sendo a única exceção a este princípio a não liquidação de IVA nas exportações, transmissões intracomunitárias e operações assimiladas, relativamente às quais se mantém o direito à dedução a montante, em obediência ao princípio do destino adotado no comércio internacional e intracomunitário.

Por isso, o artigo 20.º do CIVA, em conformidade com o artigo 169.º da DIVA, consagra a distinção entre operações que conferem direito a dedução e operações que não conferem tal direito, estabelecendo que “só pode deduzir-se o imposto que tenha incidido sobre bens ou serviços adquiridos, importados ou utilizados pelo sujeito passivo para a realização de transmissões de bens e prestações de serviços sujeitas a imposto e dele não isentas”, e bem assim “as exportações e operações assimiladas”, e outras operações muito específicas em que a mecânica do imposto assim o exige. Consequentemente, o imposto que tenha incidido sobre os bens ou serviços adquiridos para a realização de transmissões de bens e prestações de serviços não sujeitas a imposto, ou sujeitas mas isentas (isenção simples ou incompleta), não é dedutível”.²³

As situações expressas de exclusão do direito à dedução são excecionais e reportam-se a casos específicos enunciados pelo legislador em termos taxativos, em função do tipo de despesas em causa. O artigo 21.º do CIVA elenca algumas destas exclusões que, no essencial, se prendem com bens ou serviços relativamente aos quais é difícil discriminar entre a esfera pessoal e a esfera empresarial do utilizador e, materializa-se numa disciplina não harmonizada, levantando-se fortes dúvidas sobre a sua compatibilização com a DIVA, mas disso não trataremos no presente trabalho.²⁴

As regras do exercício do direito à dedução do imposto abrangem requisitos objetivos, mais ligados ao tipo de aquisições, subjetivos, relativos ao sujeito passivo, e temporais, atinentes ao período em que é possível exercer o direito à dedução do IVA, os quais se devem verificar em simultâneo para exercer o direito à dedução.²⁵

Habitual é também uma análise que distingue entre requisitos substanciais e requisitos formais no exercício do direito a dedução.

²² Oliveira, 2017.

²³ Basto & Oliveira, 2016, p. 26.

²⁴ Sobre esta temática, Oliveira & Cambão, 2016.

²⁵ Vasques, 2015b, pp. 345 a 346, onde se refere que os requisitos de substância do exercício do direito a dedução devem ser analisados através de diferentes pontos vista: subjetivo, objetivo, finalístico e temporal.

4. Os requisitos substanciais do exercício do direito a dedução

4.1. A qualidade de sujeito passivo

Utilizando nesta análise aquela distinção entre a vertente objetiva, subjetiva e temporal, começamos pelos requisitos subjetivos, isto é, os relativos à qualidade de sujeito passivo do titular do direito a dedução, importa, e desde logo a abordagem do conceito de sujeito passivo à luz da DIVA e do CIVA. Na DIVA, o artigo 9.º define sujeito passivo como “qualquer pessoa que exerça, de modo independente e em qualquer lugar, uma atividade económica, seja qual for o fim ou resultado dessa atividade”, complementando-se a definição com o estatuído no artigo 12.º a possibilitar que seja ainda considerado sujeito passivo qualquer pessoa que realize a título ocasional, uma operação relacionada com uma atividade económica, desde que os estados-membros exerçam a opção que este preceito faculta. Deles se retira que a noção de sujeito passivo na DIVA é especialmente abrangente, estando umbilicalmente ligada à própria incidência objetiva do imposto²⁶ já que só se considera sujeito passivo aquele que exerce uma atividade económica, o empresário agindo enquanto tal, em que as atividades desenvolvidas no âmbito da esfera pessoal estão fora do campo de aplicação do IVA.

A essencialidade do conceito de sujeito passivo é, pois, direcionada para a esfera das atividades económicas, e aqui a análise nem sempre se apresenta linear. É que a DIVA estabelece uma noção muito ampla do que é atividade económica, em geral confirmada pela jurisprudência do TJUE, que chega a considerar como atividade económica “os atos preparatórios de uma atividade económica”²⁷, bem como, determinadas “transações ilícitas”²⁸. Todavia, é o mesmo TJUE que afasta do conceito de atividade económica a mera perceção de dividendos, como é o caso das holdings (se “puras”, na sua globalidade e, se mistas, na medida dessa perceção), que assim se qualificam como não sujeitos passivos para efeitos de IVA²⁹.

O estatuto de sujeito passivo exige ainda (tanto na DIVA como na legislação nacional) a verificação do requisito da independência, excluindo-se do âmbito do conceito os assalariados e outras pessoas que estejam vinculados à entidade patronal por um contrato de trabalho ou por qualquer outra relação jurídica que estabeleça vínculos de subordinação no que diz respeito às condições de trabalho e de remuneração e à responsabilidade da entidade patronal.

Nesta matéria, o TJUE tem entendido que, quanto às condições de trabalho, há que apurar se os trabalhadores organizam, ou não, de modo autónomo, os meios pessoais e matérias necessários ao exercício da atividade; quanto às condições de remuneração, há que apurar se esta se encontra exposta ao risco da atividade, variando em função dos custos e proveitos e, quanto à responsabilidade, há que apurar se os trabalhadores respondem pelas obrigações contratuais decorrentes da atividade e pelos prejuízos que, no seu exercício, eventualmente causem a terceiros.³⁰

²⁶ Vasques, 2015b, p. 159.

²⁷ Acórdão do TJUE, de 14 de fevereiro de 1985, Caso *Rompelman* processo C-268/83.

²⁸ Acórdão do TJUE, de 29 de junho de 1999, Caso *Coffeeshop Sibéri* processo C-158/98.

²⁹ Acórdãos do TJUE, de 22 de junho de 1993, Caso *Satam /Sofitam*, processo C-333/91 e do processo C-142/99, Caso *Floridienne e Berginvest*, de 14 de novembro de 2000.

³⁰ Acórdão TJUE, e 25 de julho de 1991, Caso *Ayuntamiento de Sevilla*, processo C-202/90, n.º 11 a 15.

No entanto pensamos que só analisando os casos em concreto se consegue alcançar o sentido deste requisito.

Uma referência, posto que breve, a um eventual requisito de continuidade no exercício da atividade, que acaba por ser esvaziado tanto na DIVA como na legislação nacional, permitindo aquela que os estados-membros optem por englobar no conceito de sujeito passivo aqueles que apenas pratiquem atos isolados, opção que foi exercida pelo legislador nacional, constando expressamente da alínea a) do n.º 1 do artigo 2.º do CIVA.

Relativamente aos entes públicos (estado e demais pessoas coletivas de direito público), a DIVA, não os considera sujeitos passivos quando realizem operações no âmbito dos seus poderes de autoridade, desde que a não sujeição a imposto não gere distorções de concorrência, condições que se repetem no artigo 2.º do CIVA.

Em qualquer caso, a qualidade de sujeito passivo, para efeitos de exercício do direito à dedução, não depende da forma legal que os sujeitos passivos adotem, nem as regras a que estão sujeitos, nos respetivos estados-membros, para a sua constituição (máxime, no caso de se tratar de pessoas coletivas).

Pela diferença entre a disciplina constante da DIVA e do Código do IVA, merece referência a contraposição entre os conceitos de sujeito passivo e de mero devedor de imposto. A DIVA, nos artigos 9.º e 193.º, distingue entre sujeito passivo e devedor do imposto, este bem mais abrangente, já que além de outras delimitações engloba também os próprios sujeitos passivos. Devedores do imposto serão todas as pessoas que estejam sujeitas ao cumprimento das obrigações tributárias. Entre nós, a distinção não existe nesta sede³¹, pelo que o devedor de imposto resulta conceituado no artigo 2.º do CIVA como sujeito passivo (vg. alíneas b) e c) do n.º 1).

Pode, pois, do ponto de vista subjetivo e, em síntese, dizer-se que o direito à dedução previsto no artigo 168.º da DIVA (transposto, em parte, pelo artigo 20.º, n.1, alínea a), do CIVA) só pode ser exercido por sujeitos passivos a que se refere o artigo 9.º da DIVA e o artigo 2.º, n.º1, alínea a) do CIVA³², onde se incluem os entes públicos não abrangidos pela disciplina do n.º 2 do mesmo artigo.

4.2. A natureza da atividade desenvolvida ou do ato praticado

Por princípio, e de um ponto de vista objetivo, relativo ao tipo de bens e serviços, pode afirmar-se que o IVA suportado na aquisição de todos e quaisquer bens e serviços é passível de dedução sem qualquer limitação relativamente à respetiva natureza. Já não assim de um ponto de vista finalístico ou teleológico, em que a dedução se encontra subordinada ao imposto suportado em bens e serviços adquiridos por necessidades das operações tributadas (tributáveis e não isentas), conforme a disciplina do artigo 168.º da DIVA transposto no artigo 20.º, n.º 1, al. a) do CIVA.

³¹ A diferença entre sujeito passivo e devedor do imposto apenas ocorre, na nossa legislação fiscal, e em sede de tributação do rendimento, na figura tributária da substituição tributária, vulgo retenção na fonte.

³² Sem esquecer a propósito que os sujeitos passivos da alínea a) do n.º 1 do artigo 2.º, podem acumular as situações em que são chamados à liquidação do imposto (e consequente e posterior direito a dedução) por aplicação do regime de *reverse charge*, nos termos do mesmo artigo 2.º n.º 1, alíneas e), g), h), i), j), e l) do artigo 2.º do CIVA (conforme artigos 194.º a 199.º da DIVA).

Por outras palavras, o direito à dedução do imposto que incidiu sobre a aquisição de bens ou serviços a montante pressupõe que as despesas efetuadas com a sua aquisição façam parte dos elementos constitutivos do preço das operações tributáveis a jusante com direito à dedução³³. Quando as operações ativas embora sujeitas ao imposto beneficiam depois de isenção simples, ficará excluído o direito à dedução do IVA suportado e o sujeito passivo passa a ocupar posição semelhante à do consumidor final, suportando na sua esfera o imposto relativo às suas aquisições.³⁴

Neste contexto, o TJUE, em jurisprudência reiterada, vem estabelecendo que o exercício do direito à dedução do imposto suportado nas operações a montante depende da existência de uma relação direta e imediata entre os bens e serviços adquiridos e cada operação que a partir deles é efetuada a jusante.³⁵

Questionado quanto à clarificação da expressão “ligação direta e imediata”, entende o TJUE não ser realista enunciar uma formulação precisa, face à diversidade das transações comerciais e profissionais, a tornar impossível uma resposta suscetível de responder em todos os casos aos objetivos que com ela se pretendem³⁶. Todavia, e não obstante a falta de uma formulação precisa do conceito “ligação direta e imediata”, entendemos ser possível, ainda na linha da jurisprudência consolidada do TJUE identificar alguns critérios já por ele utilizados a propósito. São eles, para além da respetiva utilização para os fins das operações tributadas, já referido, os seguintes:³⁷

1. um critério que decorre diretamente do disposto no artigo 1.º, n.º 2, 2.º parágrafo, da DIVA, segundo o qual “em cada operação, o IVA calculado sobre o preço do bem ou serviço, é exigível, com prévia dedução do montante do imposto que tenha incidido diretamente sobre o custo dos diversos elementos constitutivos do preço”, a significar que existe “ligação direta e imediata” quando os encargos relacionados com bens ou serviços adquiridos e utilizados para efeitos da realização de uma operação tributável a jusante façam parte dos elementos constitutivos do preço dessa operação;
2. um outro critério em que se procura indagar se a atividade económica podia concretizar-se no caso de o sujeito passivo não ter efetuado as aquisições ou importações. Ou, de outro modo, importa verificar se as aquisições ou importações teriam sido efetuadas se o sujeito passivo não estivesse envolvido na atividade económica respetiva. Este critério parece ter a sua origem nos princípios geralmente aceites pela lei comunitária que estabelece a relação entre um evento (a causa) e outro evento (o efeito).

³³ Acórdão do TJUE, de 8 de junho de 2000, *Caso Mland Bannk*, processo C-98/98, n.º 30.

³⁴ Vasques, 2015b, p. 338.

³⁵ Acórdão do TJUE, de 30 de março de 2006, *Caso Uudenkaupungin Kaupunki*, processo C-184/04, n.º 24.

³⁶ Acórdão do TJUE, de 21 de fevereiro de 2013, *Caso Wolfram Becker*, processo C-104/12, n.º 21.

³⁷ Basto & Oliveira, 2016, p. 34.

Ou seja, no que toca à determinação da ligação direta e imediata entre os custos e os preços das operações a jusante, concluir-se-á, que, se o sujeito passivo tiver suportado os custos antes de ter efetuado a operação a jusante, os critérios primeiramente referidos, conjuntamente com a natureza tributada dessa operação a jusante, seriam suficientes para justificar a existência desta ligação. O segundo critério relevará quando o sujeito passivo suporta custos depois de ter efetuado a operação a jusante.

Nesta linha de raciocínio, o Tribunal de Justiça:

- admitiu o direito à dedução a favor do sujeito passivo, ainda que não exista uma relação direta e imediata entre uma operação a montante e uma ou várias operações a jusante, quando os custos dos serviços em causa façam parte das despesas gerais da atividade, sendo, enquanto tais, ainda elementos constitutivos do preço dos bens ou dos serviços não por se incluírem nos custos diretos mas sim indiretamente como custos gerais do conjunto da atividade económica do sujeito passivo;³⁸
- admitiu a possibilidade de dedução do IVA, mesmo que não se assista à efetiva realização de operações tributáveis, no caso dessas operações não se vierem efetivamente a concretizar, por factos que ultrapassam a vontade da entidade, ocorrendo a liquidação da sociedade. Ou seja, são os termos em que é feita a aquisição do bem ou serviços pelo sujeito passivo, que acabam por fixar o direito à dedução de IVA;³⁹
- admitiu a possibilidade de dedução do IVA em casos em que o sujeito passivo compra ou adquire bens ou serviços antes da criação e registo da empresa ou depois de ter cessado a sua atividade económica.⁴⁰

4.3. O requisito temporal

Como é sabido, o direito à dedução constitui-se no momento em que o imposto se tornou exigível para quem o liquidou. Assim o determinam o artigo 167.º da DIVA e o artigo 22.º n.º 1 do CIVA.

Ou seja, a dedução é financeira e não física, a significar que para efeitos de dedução, é irrelevante que os bens adquiridos num certo período de imposto sejam ou não vendidos nesse mesmo período⁴¹. Importando ainda referir que o direito à dedução se constitui no momento da exigibilidade, independentemente de ter ocorrido o pagamento devido pela operação efetuada, pelo que o IVA é devido ao Estado pelo sujeito passivo (fornecedor dos bens ou prestador dos serviços) mesmo quando este não tiver recebido do adquirente o pagamento correspondente à operação realizada.

³⁸ Acórdão do TJUE, de 26 de maio de 2005, *Caso Kretztechnik*, processo C-465/03, n.º 36 e Acórdão do TJUE, de 8 de junho de 2000, *Caso Midland Bannk*, processo C-98/98, n.º 31.

³⁹ Acórdão do TJUE, de 23 de abril de 2009, *Caso Puffer* processo C-460/07 e Acórdão de 29 de fevereiro de 1996, *Caso INZO*, processo C-110/94, Acórdão de 8 de junho de 2000, *Caso Schloßstraße*, processo C-396/98, Acórdão de 15 de janeiro de 1998, *Caso Ghent Coal Terminal*, processo C-37/95.

⁴⁰ Acórdão do TJUE, de 1 de março de 2012, *Caso Kopalnia Odkrywkowa Polski Trawertyn*, processo C-280/10 e Acórdão de 3 de março de 2005, *Caso Fini*, processo C-32/03.

⁴¹ Celorico Palma, 2014, p 241.

Quanto à respetiva concretização e, em resultado da remissão constante do artigo 182.º da DIVA, o n.º 2 do artigo 22.º do CIVA refere que a dedução deve ser efetuada na declaração do período; ou na declaração de período posterior àquele em que se tiver verificado a receção das faturas ou recibo de pagamento de IVA que fizer parte das declarações de importação; com o artigo 78.º a determinar exigências específicas e o artigo 98.º n.º 2 a fixar o respetivo prazo de caducidade.

Nesta matéria foi já esclarecido pelo TJUE que o direito à dedução está sujeito a prazos de caducidade, o que bem se compreende na medida em que admitir hipótese contrária consubstanciaria uma clara violação do princípio geral da segurança e certeza jurídica nos direitos dos sujeitos passivos e na atuação da administração fiscal.⁴² O prazo de caducidade do exercício do direito à dedução, segundo o TJUE, não pode ser inferior ao concedido à administração fiscal para proceder à liquidação do imposto.⁴³

5. Requisitos de forma

5.1. Importância e função da fatura no sistema IVA

O IVA costuma também ser caracterizado como “Método das Faturas”⁴⁴ pois tem como elemento essencial o pressuposto da emissão de uma fatura ou documento equivalente em cada operação tributável.

De acordo com o mecanismo da liquidação do IVA a fatura ou documento equivalente que o suporta torna-se um elemento fundamental e decisivo, porque além de ser o documento que vai permitir, ou não, a dedução, vai definir a incidência subjetiva, objetiva e as taxas aplicadas aos diversos bens e serviços transacionados ou prestados.

De facto, o princípio fundamental da neutralidade do IVA exige que o adquirente dos bens ou serviços possa deduzir o imposto pago a montante pelo transmitente ou prestador de serviços, o que transforma cada fatura num cheque para o adquirente na medida em que, através dela, pode exercer o direito à dedução, tributando-se, assim, o valor acrescentado em cada fase do processo produtivo.

Nas doutas palavras de José Guilherme Xavier de Basto, “cada fatura com menção de imposto, constitui um cheque sobre o tesouro, pois, atribui ao destinatário que seja sujeito passivo o direito de deduzir o IVA nelas contido”⁴⁵.

O que acabamos de afirmar, quanto à importância da fatura no sistema IVA, encontra arrimo nas conclusões de Juliane Kokott, Advogada-geral, no Caso Biosafe onde refere que “a existência de uma fatura que indique claramente o encargo do IVA constitui não só um critério formal mas também um elemento substancial constitutivo”⁴⁶ da dedução do imposto”.⁴⁷

Quanto à função da fatura, no sistema do IVA, o TJUE nas suas decisões, embora reiterando a função de suporte do direito à dedução, em harmonia com o artigo 178.º

⁴² Acórdão do TJUE, de 8 de maio de 2008, Caso *Ecotrade*, processo C-95/07 e processo C-96/08, n.º 44.

⁴³ Acórdão do TJUE, de 19 de novembro de 1998, Caso *SFI*, processo C-85/97, n.ºs 32 e 33.

⁴⁴ Acórdão do CAAD: Arbitragem Tributária, processo n.º 716/2016-T, de 17 de fevereiro de 2017, p. 12.

⁴⁵ Basto, p. 44.

⁴⁶ Sublinhado nosso.

⁴⁷ Conclusões da advogada-geral *Juliane Kokott* no processo *Biosafe*, apresentadas a 30 de novembro de 2017, do TJUE, processo C-8/17, n.º 65.

da DIVA, tem alertado para o facto de que a fatura tem como finalidade o controlo da exata cobrança, a correta fiscalização da aplicação do imposto e a prevenção da fraude e a evasão fiscal.⁴⁸

Neste contexto, compreende-se a razão pela qual, tanto a DIVA, como o CIVA e o TJUE, fazem depender o exercício do direito à dedução da emissão de uma fatura ou documento que a substitua, conforme artigo 178.º DIVA, transposto para o n.º 2 do artigo 19.º do CIVA. Naquela, logo na alínea a) do citado artigo estabelece-se que, para exercer o direito à dedução, o sujeito passivo deve “possuir uma fatura emitida em conformidade com os artigos 220.º a 236.º, 238.º, 239.º e 240.º”. No âmbito do direito interno, no CIVA, a regra geral é a de que só confere direito a dedução o imposto mencionado em fatura emitida em nome do sujeito passivo e na sua posse e que a mesma apresente a “forma legal”, considerando-se para este efeito que observe os pressupostos constantes do artigo 36.º ou do artigo 40.º do CIVA, respeitante às faturas completas e às faturas simplificadas, respetivamente.⁴⁹

Relativamente às aquisições intracomunitárias de bens, a dedução do IVA está condicionada à obrigação de incluir na declaração do IVA todos os dados necessários para determinar o montante de IVA devido relativamente a essas aquisições de bens e possuir uma fatura emitida nos termos dos artigos 219.º a 237.º da DIVA.

Na importação de bens o sujeito passivo deve possuir um documento comprovativo da importação que o designe como destinatário ou importador e que mencione ou permita calcular o montante de IVA devido – artigo 178.º, alínea e) da DIVA.

Nas situações em que o sujeito passivo seja devedor do imposto na qualidade de destinatário ou adquirente de bens ou serviços, em aplicação dos artigos 194.º a 197.º e 199.º da DIVA, a dedução do imposto autoliquidado está sujeita às formalidades estabelecidas por cada estado-membro.

5.2. Regras de faturação na DIVA e CIVA

O regime das formalidades das faturas tem sofrido significativas alterações, quer em termos do direito comunitário, quer em termos do direito interno.

Em termos comunitários destacamos dois períodos distintos: um até 2004, em que a legislação comunitária previa alguns elementos do conteúdo das faturas, permitindo aos estados-membros estabelecer elementos adicionais; e outro a partir daí e, em que as alterações introduzidas pela Diretiva 2001/115/CE, de 20 de dezembro de 2001⁵⁰, determinaram não ser mais possível aos estados-membros, sem prejuízo de algumas exceções, introduzir nelas mais menções obrigatórias, além das contantes no artigo 226.º da DIVA.

O regime atual da obrigação de faturação ainda não estabelece um modelo único para as regras de emissão, verificando-se, todavia, uma harmonização do respetivo conteúdo, através, nomeadamente, da enumeração dos elementos que obrigatoriamente devem constar em faturas completas e simplificadas (não podendo os estados-membros

⁴⁸ Acórdão do TJUE, de 29 de abril de 2004, Caso *Terra Baubedarf-Handel*, processo C-152/02, n.º 37.

⁴⁹ Cfr. artigo n.º 2 do artigo 19.º do CIVA.

⁵⁰ Os objetivos centrais desta diretiva passam por simplificar, modernizar e harmonizar as condições aplicáveis à faturação em matéria de imposto sobre o valor acrescentado.

obrigar à menção de outros elementos além dos elencados nos artigos 226.º e 226.º-A da DIVA, como se disse).

Nos termos da DIVA as faturas devem conter as seguintes menções obrigatórias:

- 1) A data de emissão;
- 2) O número sequencial, baseado numa ou mais séries, que identifique a fatura de forma unívoca;
- 3) O número de identificação para efeitos do IVA, [...], ao abrigo do qual o sujeito passivo efetuou a entrega de bens ou a prestação de serviços;
- 4) O número de identificação para efeitos do IVA do adquirente ou destinatário [...];
- 5) O nome e o endereço completo do sujeito passivo e do adquirente ou destinatário;
- 6) A quantidade e natureza dos bens entregues ou a extensão e natureza dos serviços prestados;
- 7) A data em que foi efetuada, ou concluída, a entrega de bens ou a prestação de serviços [...];
- 8) O valor tributável para cada taxa ou isenção, o preço unitário líquido de IVA, bem como os abatimentos e outros bónus eventuais, se não estiverem incluídos no preço unitário;
- 9) A taxa do IVA aplicável;
- 10) O montante do IVA a pagar, salvo em caso de aplicação de um regime especial para o qual a presente diretiva exclua esse tipo de menção.⁵¹

Como exceções, o artigo 273.º da Diretiva autoriza, sob determinadas condições, os estados-membros a prever outras menções na fatura, sempre que as considerem necessárias para garantir a “cobrança exata do IVA e para evitar a fraude”, não sem repetir que esta faculdade não pode ser utilizada para impor obrigações de faturação suplementares às dos artigos 226.º e 226.º-A da DIVA.

Transpondo as regras da DIVA e da Diretiva 2001/115/CE, de 20 de Dezembro de 2001, para o n.º 5 do artigo 36.º do CIVA, as faturas devem ser datadas, numeradas sequencialmente e, conter um conjunto de elementos obrigatórios, que permitam identificar os sujeitos passivos, a natureza da operação realizada, o momento da sua realização, o valor tributável e o IVA devido, o motivo justificativo da não aplicação do imposto, a menção referente ao regime especial aplicado à transação, se caso disso, e, nas operações realizadas por sujeitos passivos não estabelecidos que tenham nomeado representante fiscal, os dados de identificação desse representante.

Comparando as menções formais que uma fatura deve obrigatoriamente conter, nos termos da DIVA, com aquelas que o CIVA exige, com exceção da alínea 6) do artigo 226.º da DIVA e da alínea b) do n.º 5 do artigo 36.º do CIVA podemos concluir que, ambos os diplomas, fazem as mesmas exigências em termos de menções obrigatórias.

⁵¹ Cfr. artigos n.º 226.º e 226.º-A da DIVA.

De facto, nos termos da alínea 6) do artigo 226.º da DIVA, da fatura deve constar a menção referente à quantidade e natureza dos bens entregues e a extensão e natureza dos serviços prestados.

Já a alínea b) do n.º 5 do artigo 36.º do CIVA exige que conste na fatura, não só a quantidade, como a denominação usual dos bens transmitidos ou dos serviços prestados, com especificação dos elementos necessários à determinação da taxa aplicável.

Assim, tendo em conta estas normas, o regime do CIVA parece-nos ser mais exigente, dado que, além de acrescentar a necessidade da especificação dos elementos necessários à determinação da taxa aplicável, exige também que, da fatura conste a denominação usual dos bens transmitidos ou dos serviços prestados.

No entanto, esta diferença é meramente aparente, dado que a fatura, atendendo ao seu papel no sistema do IVA, deve permitir identificar o seu objeto, com a finalidade de controlo do imposto a entregar e a deduzir. Logo, embora se diga na norma da diretiva que não podem ser exigidos outros requisitos que não os que nela estão expressamente elencados, temos que a formulação do legislador português é mais feliz, sem ser dissonante com a da DIVA e a jurisprudência do TJUE. Afinal, sem introduzir um novo elemento informativo, alerta para a necessidade de detalhe da descrição dos bens ou serviços tendo em vista a sua finalidade de controlo, informando desse facto o leitor da norma⁵².

5.3. Consequências do incumprimento das formalidades das faturas no direito à dedução – regulação interna e comunitária

5.3.1. Efeitos da inobservância dos requisitos das faturas exigidos pelo CIVA no direito à dedução

Conforme já dissemos no ponto 5.2, a par das regras de faturação constantes da DIVA, os estados-membros têm alguma margem de liberdade para poder fixar outros elementos na fatura⁵³ que entendam ser necessários para fins de controlo da cobrança do IVA e de prevenção da fraude e evasão fiscal.

E é exatamente esta margem de liberdade, acrescida da complexidade que o regime das faturas⁵⁴ ainda reveste, que tem estado na origem de muitos litígios junto do TJUE relativos aos requisitos formais para o exercício do direito à dedução do IVA.⁵⁵

Importa, assim, analisar quais são as consequências da inobservância deste tipo de requisitos formais da fatura para o exercício do direito à dedução.

⁵² Morais & Menezes, 2017, pp. 85-86.

⁵³ Artigo 273.º da DIVA: “Os Estados-Membros podem prever outras obrigações que considerem necessárias para garantir a cobrança exata do IVA e para evitar a fraude, sob reserva da observância da igualdade de tratamento das operações internas e das operações efectuadas entre Estados-Membros por sujeitos passivos, e na condição de essas obrigações não darem origem, nas trocas comerciais entre Estados-Membros, a formalidades relacionadas com a passagem de uma fronteira. A faculdade prevista no primeiro parágrafo não pode ser utilizada para impor obrigações de faturação suplementares às fixadas no Capítulo 3”.

⁵⁴ De notar que a diretiva que estabelece as condições e regras referentes à faturação do IVA (2001/115/CE, de 20 de dezembro de 2001) tem como objetivos centrais a simplificação, modernização e harmonização das condições aplicáveis à faturação em matéria de IVA.

⁵⁵ Vasques, 2015b, p. 341.

É jurisprudência assente que a exigência, para o exercício do direito à dedução, de outros elementos na fatura, para além dos enunciados no artigo 226.º, é contrária à DIVA, não podendo os estados-membros associar o direito à dedução ao conteúdo de faturas que não esteja expressamente previsto na DIVA.

Ou seja, para o TJUE, os elementos adicionais que os estados-membros podem fazer constar nas faturas só podem ter como finalidade o controlo da exata cobrança do imposto e a sua fiscalização pela Administração fiscal e não podendo, estes elementos, ir além do necessário para atingir este fim⁵⁶; ao mesmo tempo estes elementos adicionais da fatura não podem, nem pelo seu número ou tecnicidade, tornar impossível na prática ou excessivamente difícil o exercício do direito à dedução.⁵⁷

O TJUE esclarece que a DIVA não se opõe a uma legislação nacional que contenha um regime legal para sancionar o desrespeito, por parte dos sujeitos passivos, das regras de faturação internas⁵⁸, desde que estas sanções não ponham em causa o princípio da proporcionalidade. Cabendo aos tribunais nacionais verificar se o montante da sanção não vai além do que é necessário para atingir os objetivos que consistem em assegurar a exata cobrança do imposto e prevenir a fraude.

5.3.2. Efeitos da inobservância dos requisitos das faturas exigidos pela DIVA no direito à dedução

Nos termos do artigo 178.º da DIVA, o exercício do direito à dedução está condicionado à posse de uma fatura ou “qualquer documento ou mensagem que altere a fatura inicial e a ela faça referência específica e inequívoca”, dos quais devem constar todas as menções exigidas no artigo 226.º da DIVA, que define o conteúdo obrigatório de uma fatura.

A questão relevante é a de saber se os estados-membros têm legitimidade para negar o exercício do direito à dedução quando os sujeitos passivos, possuindo embora, uma fatura, a mesma enferma de algum vício formal, por não conter alguma(s) das menções obrigatórias que o artigo da DIVA estabelece.

Diferentes têm sido as posições dos estados-membros entre si e com as posições do TJUE.

Vejamos a temática de uma forma um pouco mais aturada.

O TJUE tem afirmado, de forma reiterada, que os estados-membros não podem negar o direito a dedução pelo simples facto de uma fatura não satisfazer os requisitos formais exigidos pela DIVA, na condição de que, não obstante a existência de “vícios formais”, a fatura permita assegurar a exata cobrança do imposto nela liquidado e permita também a respetiva fiscalização pelas autoridades fiscais competentes. Na mesma jurisprudência se reitera que, não sendo a fatura capaz de assegurar aquele controlo e fiscalização, o direito a dedução só poderá ser negado se o sujeito passivo não proceder à sua

⁵⁶ Acórdãos do TJUE, de 14 de junho de 1988, Caso *Lea Jeunehomme e EGI*, processos 123 e 330/87, n.ºs 16-18.

⁵⁷ Acórdão do TJUE, de 25 de abril de 2005, Caso *Finanzamt Bergisch Gladbach*, processo C-25/03, n.º 80.

⁵⁸ Acórdão do TJUE, de 9 de julho de 2015, Caso *Salomie e Oltean*, processo C-183/14, n.º 51.

retificação, acrescentando as menções obrigatórias em falta (faculdade que lhe deve ser reconhecida), de modo a dotar a administração fiscal de informação que lhe permita validar a operação. O TJUE fundamenta a sua posição na DIVA, entendendo que ela autoriza a retificação das faturas irregulares para este efeito. Como salientou em vários acórdãos, constitui um princípio fundamental do sistema comum do IVA, tal como resulta da disciplina comunitária, o direito dos sujeitos passivos a deduzirem o IVA devido ou já pago, em bens e serviços adquiridos, do IVA de que eles sejam devedores por liquidação nas suas operações ativas. A exceção deve recair apenas nos casos em que, o não cumprimento dos requisitos formais, na obrigação de faturação, impeça, de forma efetiva, a produção de prova conclusiva de que os requisitos substanciais se encontram satisfeitos.

Esta orientação da jurisprudência comunitária começa a ser recorrente na matéria. Todavia, e sem prejuízo de referências a outros acórdãos que ao caso interessem, privilegiaremos na análise que a seguir desenvolveremos, os dois processos em que Portugal surge envolvido. Trata-se dos Processos C-516/14, *Barlis 06 – Investimentos Imobiliários e Turísticos*, de 15 de setembro de 2016 e C-8/17, *Biosafe – Indústria de Reciclagens*, de 12 de abril de 2018.

Barlis é uma empresa nacional que, de 2008 a 2010, adquiriu serviços jurídicos, a um escritório de advogados, por estes debitados em quatro faturas, referenciando os serviços prestados nos seguintes termos: (i) Fatura 02170/2008, de 26 de agosto de 2008 – “serviços jurídicos prestados de 1 de dezembro de 2007 até à presente data”; (ii) Fatura 32100478, de 17 de dezembro de 2008 – “Remuneração dos serviços jurídicos prestados de 1 de junho até à presente data”; (iii) Fatura 32101181, de 29 de abril de 2009 – “Valor dos serviços jurídicos prestados até à presente data” e (iv) Fatura 32104126, de 2 de junho de 2010 – “Valor dos serviços jurídicos prestados de 1 de novembro de 2009 até à presente data”.

A administração fiscal recusou à empresa a dedução do imposto suportado nos serviços jurídicos em questão, considerando irregular a forma como as faturas estavam emitidas. Não eram suficientemente descritos os serviços prestados e nem eram bem identificadas as datas da respetiva prestação. No entanto e, ainda antes de a AT tomar decisão final, *Barlis* apresentou “documentos anexos”⁵⁹ às faturas, com uma descrição mais detalhada daqueles serviços jurídicos, facto que não veio, contudo, alterar a posição antes tomada por aquela entidade, que manteve a qualificação de irregulares (por defeito) para as faturas originais, considerando a irregularidade não sanada, em razão do seu entendimento de que os anexos justificativos produzidos não podiam ser aceites como “documentos equivalentes a faturas”, por não cumprirem, em si próprios, todos os requisitos constantes do artigo 36.º n.º 5 do CIVA. Tratava-se de “meros anexos”!

Depois de reclamação graciosa não aceite, *Barlis* seguiu para o Tribunal Arbitral Tributário (Centro de Arbitragem Administrativa -CAAD)⁶⁰, o qual decidiu suspender a instância e submeter ao TJUE a seguinte questão prejudicial:

⁵⁹ Acórdão do TJUE, de 15 de setembro de 2016, Caso *Barlis 06*, processo C- 516/14, n.º 16.

⁶⁰ Doravante CAAD.

A correta interpretação do artigo 226.º, n.º 6, da [Diretiva 2006/112] permite à Autoridade Tributária e Aduaneira considerar insuficiente o descritivo de fatura que contenha a menção ‘serviços jurídicos prestados desde determinada data até ao presente’ ou apenas ‘serviços jurídicos prestados até ao presente’, tendo presente que esta Autoridade pode, ao abrigo do princípio da colaboração, obter os elementos complementares de informação que entender necessários para confirmação da existência e das características detalhadas das operações?⁶¹

A decisão do TJUE versou dois aspetos: um primeiro, relativo à descrição dos serviços na vertente do exercício do direito a dedução e, um segundo, relativo ao exercício do direito a dedução no caso da posse de uma fatura não emitida de acordo com o artigo 226.º da DIVA.

Quanto ao conteúdo da fatura, o mesmo é dizer quanto aos elementos que devem dela constar, o TJUE reiterou a posição já dada no Processo C-368/09, Pannom Gép Centrum, de 15 de julho de 2010, de que apenas os elementos constantes do artigo 226.º, n.ºs 6 e 7 da Diretiva – extensão e natureza dos serviços prestados – têm de constar das faturas e que os estados-membros não podem fazer depender o exercício do direito a dedução do cumprimento de outros requisitos de conteúdo. Seguindo a posição da Advogada Geral Juliane Kokott, de que a letra daquele artigo 226.º não torna possível determinar o nível de detalhe que deve ter tal descrição, o TJUE clarifica na sua decisão que não é necessário dar uma descrição exaustiva dos específicos e concretos serviços prestados na fatura, uma vez que o objetivo dos detalhes que devem ser exibidos numa fatura é limitado a permitir que as autoridades fiscais façam o controlo do pagamento do imposto liquidado e, se caso disso, da existência do direito a deduzir o IVA. Consequentemente, deve ser, à luz desse objetivo que se deve examinar se faturas, como as que estão em apreciação no processo, cumprem, ou não, com os requisitos do artigo 226.º, n.º 6 da DIVA. Sendo certo que o sujeito passivo que procura exercer o direito a dedução pode produzir informação adicional a este propósito, se isso contribuir para fornecer às autoridades fiscais a formulação de um juízo sobre a correção do exercício do direito, o TJUE reconhece, todavia, que a valia de tal informação adicional exige que ela possa ser tratada como fatura para efeitos do artigo 219.º da DIVA. Ou seja, as autoridades fiscais portuguesas não podiam recusar o direito a dedução do IVA apenas com o fundamento de que a fatura não satisfazia as condições exigidas pelo artigo 226.º, n.ºs 6 e 7 da DIVA, limitando-se a examinar a fatura em si própria, estando obrigadas também a ter em conta a informação adicional fornecida pelo sujeito passivo, face ao disposto no artigo 219.º da DIVA que trata como fatura qualquer documento ou mensagem que corrija e se refira, específica e inegavelmente (sem ambiguidade), à fatura inicial.

Bem se compreende a decisão!

Essencial é que do cumprimento dos requisitos substanciais e formais se possa verificar que os bens e serviços adquiridos são utilizados pelo sujeito passivo no desen-

⁶¹ Acórdão citado, n.º 22.

volvimento das suas atividades sujeitas a tributação e efetivamente tributadas (ou isentas com direito a dedução) e que o respetivo fornecedor é, também ele, um sujeito passivo. O incumprimento dos requisitos formais não porá em causa o exercício do direito à dedução se estiverem verificados os requisitos substanciais. Ou seja, o que o TJUE diz mais não é do que, quando as autoridades fiscais tiverem toda a informação substancial necessária para poderem concluir pela adequação da dedução do imposto com as exigências formais, mesmo que com posterior correção, não podem negar a dedução, nem impor outros condicionalismos que tornem, na prática, esse direito não efetivo.

Esperava-se, contudo, que a função harmonizadora do TJUE fosse mais longe e clarificasse o âmbito do artigo 219.º da DIVA sobre os requisitos a satisfazer pelo “documento ou mensagem que altere a fatura inicial” para ser considerado documento equivalente a fatura. Ora isso ele não fez. O TJUE não se pronuncia sobre se os anexos respeitam, ou não, o conceito do artigo 219.º da DIVA, remetendo essa tarefa para o tribunal nacional. Compreende-se que definir, com algum detalhe, a extensão que deve ser dada à descrição dos serviços adquiridos pode ser questão delicada já que, com ela se podem misturar aspetos de confidencialidade ou outros cujo tratamento varia de um estado-membro para outro, mas, a verdade é que, a falta de um mínimo de clarificação/harmonização, cria incerteza jurídica aos operadores económicos e às autoridades fiscais, maximizada quando estejam em causa operações transfronteiriças (a qual dos tribunais nacionais caberá aquela apreciação?).

O outro dos casos, de decisão muito recente, 12 de abril de 2018, envolvendo Portugal é o Processo C-8/17, Biosafe – Indústria de Reciclagens SA versus Flexipiso – Pavimentos SA, em que o pedido de decisão prejudicial tinha por objeto a interpretação dos artigos 63.º, 167.º, 168.º, 178.º a 180.º, 182.º e 219.º da DIVA, e também do princípio da neutralidade fiscal. O pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opunha a Biosafe à Flexipiso relativamente à recusa desta em reembolsar o valor do IVA pago pela Biosafe na sequência de uma correção fiscal feita pela AT em faturas relativas a operações entre ambas.

Os factos eram os seguintes: durante o período de fevereiro de 2008 a maio de 2010, a Biosafe vendeu e faturou à Flexipiso, ambos sujeitos passivos de IVA, grânulos de borracha fabricados com pneus reciclados, aplicando a taxa reduzida a essas vendas. No decurso de uma auditoria fiscal, em 2011, versando aqueles exercícios fiscais, a AT entendeu que deveria ter sido aplicada a taxa normal, emitindo as correspondentes liquidações adicionais de IVA. A Biosafe pagou esse valor e processou notas de débito para efeitos de compensação pela Flexipiso (face à legalmente obrigatória repercussão do imposto), o que esta recusa com o argumento de estar impedida de proceder à dedução do imposto agora repercutido, por estar ultrapassado, mesmo antes do recebimento das notas de débito, o prazo de quatro anos previsto no artigo 98.º, n.º 2, do CIVA. E, em tempo, acrescenta ainda que não lhe cabe suportar as consequências de um erro cuja responsabilidade foi da Biosafe.

Na sequência de infrutífero processo judicial interposto pela Biosafe – pelo débito do valor IVA pago e juros, por atraso de pagamento –, é, depois o Supremo Tribunal

de Justiça que decide suspender a instância e submeter ao TJUE as seguintes questões prejudiciais:

- 1) Saber se a [Diretiva IVA], e em particular os seus artigos 63.º, 167.º, 168.º, 178.º, 179.º, 180.º, 182.º e 219.º, bem como o princípio da neutralidade, se opõem a uma legislação da qual resulte que, numa situação em que o alienante dos bens, sujeito passivo de IVA, foi sujeito a uma inspeção tributária da qual resultou que a taxa de IVA que oportunamente aplicara era inferior à devida, pagou ao Estado o acréscimo de imposto e pretende obter o respetivo pagamento do adquirente, também sujeito passivo de IVA, o prazo para este último poder proceder à dedução desse acréscimo se conta a partir da emissão das faturas iniciais e não da emissão ou da receção dos documentos retificativos;
- 2) Concluindo-se que não se verifica essa oposição, suscita-se então a dúvida de saber se a mesma Diretiva e, em particular, os mesmos artigos e o princípio da neutralidade se opõem a uma legislação da qual decorra que, recebidos documentos retificativos das faturas iniciais, emitidos na sequência da inspeção tributária e do pagamento ao Estado do acréscimo de imposto, e destinados a obter o pagamento desse acréscimo, num momento em que o referido prazo para o exercício do direito de dedução já decorreu, é ou não legítimo ao adquirente recusar o pagamento, assim entendendo que a impossibilidade de dedução do acréscimo de imposto justifica a recusa de repercussão.⁶²

A matéria em análise era já muito habitual na prática da AT portuguesa e na jurisprudência nacional, esbarrando na maior parte dos casos com a negação do exercício da dedução ao adquirente. Era, pois, aguardada com expectativa a decisão do TJUE que, surgiu opinando e esclarecendo:

Os artigos 63.º, 167.º, 168.º, 178.º a 180.º, 182.º e 219.º da DIVA 2006/112/CE do Conselho, de 28 de novembro de 2006, relativa ao sistema comum do imposto sobre o valor acrescentado, bem como o princípio da neutralidade fiscal, devem ser interpretados no sentido de que se opõem à legislação de um estado-membro nos termos da qual, em circunstâncias como as que estão em causa no processo principal, nas quais, na sequência de uma liquidação adicional, um acréscimo de imposto sobre o valor acrescentado (IVA) foi pago ao Estado e foi objeto de documentos retificativos das faturas iniciais vários anos após a entrega dos bens em causa, o benefício do direito à dedução do IVA é recusado com o fundamento de que o prazo previsto na referida legislação para o exercício deste direito se conta a partir da data de emissão das referidas faturas iniciais e expirou.⁶³

⁶² Acórdão do TJUE, de 12 de abril de 2018, Caso *Biosafe*, processo C-8/17, n.º 25.

⁶³ Acórdão citado, n.º 47.

Com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se, em caso de resposta negativa à primeira questão, o adquirente pode, em circunstâncias como as que estão em causa no processo principal, recusar pagar ao fornecedor o acréscimo de IVA que este pagou, por já não poder proceder à dedução desse acréscimo pelo facto de o prazo previsto na legislação nacional para o exercício do direito à dedução ter expirado. Da resposta à primeira questão resulta prejudicada a resposta à segunda, dado que o TJUE considera que, em semelhantes circunstâncias, não pode ser recusado a um sujeito passivo o direito à dedução do acréscimo IVA por o prazo previsto na legislação nacional para exercer este direito ter expirado.⁶⁴

Esta fundamentação que o TJUE utiliza, considera assente a decisão dada pouco tempo antes, em 21 de março de 2018, no caso Volkswagen, processo C- 533/16⁶⁵, a qual, embora num diferente contexto, trata de questão similar: um fornecedor da Eslováquia enviou, entre 2004 e 2010, às empresas da Volkswagen faturas relativas a operações que o fornecedor inicialmente considerou isentas de IVA. Em 2010, ao constatar que se tratava de uma qualificação incorreta das transações em causa e, conseqüentemente, de uma incorreta aplicação das regras do IVA, o fornecedor enviou faturas corretivas ao cliente mencionando o imposto que, em conformidade com o procedimento de saneamento da irregularidade, pagou ao Tesouro. Dado o facto de não estar estabelecida na Eslováquia, a Volkswagen solicitou, em 1 de julho de 2011, o reembolso do imposto constante nas faturas retificadoras, nos termos do procedimento de reembolso previsto na Diretiva 2008/9, o qual lhe foi negado em relação aos anos de 2004 a 2006, com base no período de caducidade de cinco anos previsto na lei eslovaca. O TJUE opõe-se, considerando que, se é verdade que o princípio da segurança jurídica pode justificar que os estados-membros fixem um prazo para além do qual um sujeito passivo do IVA não pode exercer o seu direito à dedução, o princípio da efetividade obsta, de todo, a que um sujeito passivo fique privado do direito ao reembolso quando, como é o caso, o imposto cujo reembolso é requerido tenha já sido pago ao Tesouro, não podendo o adquirente exercer antes o seu direito, por não possuir fatura nem também conhecimento do ajuste feito pelo fornecedor.

Note-se que, à luz da decisão no Processo Senatex⁶⁶, os que esperavam que a decisão da Volkswagen apresentasse novas orientações clarificadoras sobre a questão da correção de faturas com efeito retroativo, provavelmente ficaram um pouco dececionados com essa decisão. O TJUE não declara realmente em que período será concedido um reembolso do IVA e se, no presente caso, as faturas foram corrigidas com efeito retroativo. A apreciação decisiva para o TJUE foi que o direito substantivo tem de prevalecer sobre as limitações da lei formal, decisão que está em consonância com várias outras decisões do TJUE e que, mostram uma tendência clara: os sujeitos passivos que atuem de boa fé e com um grau suficiente de diligência serão “protegidos” no exercício do seu direito.

⁶⁴ Acórdão do TJUE, de 12 de abril de 2018, Caso *Biosafe*, processo C-8/17, n.º 46.

⁶⁵ Acórdão do TJUE, de 21 de março de 2018, caso *Volkswagen*, processo C-533/16.

⁶⁶ Acórdão do TJUE, de 15 de setembro de 2016, Caso *Senatex GmbH*, processo C-518/14.

Na sequência e, remetendo para este, no Acórdão Biosafe o TJUE começa por reafirmar que o direito dos sujeitos passivos de deduzir o IVA devido ou já pago sobre bens adquiridos e serviços recebidos como *inputs*, do IVA de que são responsáveis e devedores, é um princípio fundamental do sistema comum do IVA instituído pela legislação da UE; que o sistema de deduções se destina a libertar completamente o operador do IVA devido ou pago no decurso de todas as suas atividades económicas, assim garantindo a neutralidade fiscal de todas as atividades económicas, independentemente do seu objetivo ou resultados, desde que sejam elas próprias sujeitas a IVA; que o direito à dedução previsto nos artigos 167.º e seguintes da DIVA é parte integrante do regime do IVA e não pode, em princípio, ser limitado. É, certo, todavia, que o limite do direito à dedução do IVA está, no entanto, sujeito ao cumprimento de requisitos ou condições substantivas e requisitos ou condições formais.

Recorda, ainda, que, no que respeita às exigências ou condições substantivas, a redação do artigo 168.º, alínea a) da DIVA exige, em primeiro lugar, que o interessado seja um “sujeito passivo” na aceção da referida diretiva e, em segundo lugar, que os bens ou serviços invocados para conferir direito à dedução de IVA sejam por ele utilizados para as necessidades das suas próprias operações tributadas e que, como *inputs* estes bens ou serviços lhe sejam fornecidos por outro sujeito passivo. Quanto às concomitantes regras detalhadas, o artigo 178.º, alínea a) da DIVA prevê que o sujeito passivo deve ser titular de uma fatura emitida nos termos do artigo 220.º a 236.º e aos artigos 238.º a 240.º da DIVA. De tudo isto resulta que, embora nos termos do artigo 167.º da DIVA, o direito à dedução do IVA nasça na data em que o imposto se torna exigível, o artigo 178.º da mesma prevê que, em princípio, ele só pode ser exercido quando o sujeito passivo detenha uma fatura.

Não podendo, todavia, o efetivo exercício do direito à dedução do IVA ser concedido sem qualquer limite temporal, por ataque ao princípio da segurança jurídica, que exige que a posição fiscal do sujeito passivo (tendo em conta os seus direitos e obrigações em relação à autoridade fiscal competente) não esteja aberta a ser posta em causa indefinidamente, ou privá-lo do direito à dedução do IVA não pode ser considerado como incompatível com o regime estabelecido pela DIVA, na condição de que, o prazo de caducidade se aplique igualmente aos direitos análogos em matéria fiscal encontrados no direito nacional e no direito comunitário (princípio da equivalência) e, que, na prática, não torne impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito à dedução do IVA (princípio da efetividade).

Se é certo que, nos termos do artigo 273.º da Diretiva IVA, os estados-membros podem impor outras obrigações que considerem necessárias para a cobrança correta do IVA e para a prevenção da evasão/prevenção da fraude, da evasão fiscal e do abuso como objetivo reconhecido e encorajado pela Diretiva, as medidas que os estados-membros podem adotar nos termos desse artigo não devem ir além do que é necessário para atingir esses objetivos, não podendo ser utilizadas de forma a prejudicar sistematicamente o direito à dedução do IVA e, conseqüentemente, a neutralidade do IVA. Como a recusa do direito a dedução é uma exceção à aplicação deste princípio fundamental, cabe à auto-

ridade fiscal competente estabelecer os requisitos legais que determinam a existência de fraude ou abuso, cabendo, por seu turno, aos tribunais nacionais determinar, posteriormente, se as autoridades fiscais em causa estabeleceram a existência de tais provas objetivas. Assim opinou o TJUE no Acórdão de 28 de julho de 2016, *Astone*, C-332/15.

No caso *Biosafe*, resulta do despacho de reenvio que, na sequência de uma inspeção tributária realizada em 2011, as autoridades fiscais portuguesas emitiram avisos de liquidação IVA corrigidos relativos às entregas de bens realizadas entre fevereiro de 2008 e maio de 2010, relativamente às quais a *Biosafe* tinha aplicado incorretamente uma taxa reduzida de IVA em vez da taxa normal. Por conseguinte, a *Biosafe* procedeu a um ajustamento do IVA, pagando o IVA adicional e emitindo notas de débito que constituem, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, documentos que retificam as faturas iniciais.

É certo que o Governo português considera que a *Biosafe* e a *Flexipiso* intencional e consistentemente, durante pelo menos dois anos e meio, aplicaram práticas sistemáticas de evasão e fraude fiscais. E, de facto, a existência de tais práticas não pode ser excluída em tal situação. Contudo, nos processos previstos no artigo 267.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE)⁶⁷, baseado numa clara separação de funções entre os órgãos jurisdicionais nacionais e o TJUE, qualquer apreciação dos factos é da competência dos órgãos jurisdicionais nacionais. O TJUE apenas é competente para se pronunciar sobre a interpretação ou a validade dos atos da UE com base nos factos que lhe são submetidos pelo órgão jurisdicional nacional e, no caso em apreço, o órgão jurisdicional de reenvio afirma que o erro relativo à escolha da taxa de IVA aplicável é claramente imputável à *Biosafe*.

Nestas circunstâncias, parece objetivamente impossível para a *Flexipiso* exercer o seu direito à dedução antes do ajuste do IVA efetuado pela *Biosafe*, uma vez que não possuía os documentos retificativos das faturas iniciais e não sabia que o IVA adicional era devido, tendo sido apenas na sequência desse ajustamento que as condições materiais e formais que dão lugar ao direito a dedução do IVA se encontram satisfeitas e que a *Flexipiso* poderia, portanto, ser compensada do pagamento do IVA devido ou pago, em conformidade com a DIVA e com o princípio de neutralidade fiscal.

Não tendo a *Flexipiso* demonstrado falta de diligência antes do recebimento das notas de débito e, sem que seja invocado qualquer abuso ou conluio fraudulento com a *Biosafe* e, porque o período que começou a correr a partir da data de emissão das faturas iniciais e que, para certas transações, expirou antes deste ajustamento, não poderia validamente ser utilizado para negar à *Flexipiso* o exercício do direito a dedução do IVA. Ou seja, os artigos 63.º, 167.º, 168.º, 178.º a 180.º, 182.º e 219º da DIVA e o princípio da neutralidade fiscal devem ser interpretados como impedindo a legislação de um estado-membro segundo o qual, circunstâncias como as que estão em causa no processo principal em que, na sequência de um ajustamento fiscal, foi pago IVA ao Estado e foi objeto de documentos retificativos das faturas iniciais vários anos após o fornecimento dos bens em causa, o direito de deduzir o IVA é recusado com o fundamento de que, o prazo pre-

⁶⁷ Doravante TFUE.

visto por essa legislação para o exercício desse direito, começou a correr a partir da data de emissão das faturas iniciais e expirou.

No entanto, se for reconhecido um efeito retroativo, relativo às faturas corrigidas, como foi o caso no Processo Senatex já referenciado, o estatuto da caducidade anulará completamente os efeitos da decisão que se concede, em nome da salvaguarda dos princípios do IVA comunitário. Logo, e provado que seja que o sujeito passivo atuou com a devida diligência, deve, com base na presente apreciação do TJUE, ser-lhe concedido o direito a dedução retroativa do IVA, mas com não aplicação do prazo de caducidade nacional. Decisivo é que o sujeito passivo que solicita a dedução do IVA tenha agido com suficiente rigor e diligência, análise que, em boa verdade, terá de ser feita caso a caso.

Quanto à questão também levantada de saber se podem ser lançadas penalidades por infrações no cumprimento dos requisitos formais para o exercício do direito a dedução, na medida em que estas medidas sejam entendidas como adequadas para assegurar a correta cobrança do IVA e para prevenir a evasão fiscal, o TJUE entende que tal é da competência dos estados-membros e na condição de que, não vão para além do necessário para atingir esses objetivos e não ponham em causa a neutralidade do IVA.

Ou seja, durante muito tempo, era assente, tanto na legislação IVA, como na doutrina, que o sujeito passivo que pretendesse exercer o seu direito à dedução do IVA devia poder justificá-lo, o que significava que as faturas em sua posse deviam incluir um certo número de informações obrigatórias exigidas por lei, entre nós o n.º 5 do artigo 36.º do CIVA. Qualquer omissão neste contexto “sempre” conduziria os auditores fiscais da AT a recusar o exercício do direito à dedução, já que a doutrina administrativa estabelece que a omissão ou imprecisão de uma dessas referências necessariamente resulta na negação do direito à dedução.

Quanto à jurisprudência nacional, entendemos que a mesma não contraria a jurisprudência do TJUE dado que não prescinde da fatura regularmente emitida e com exceção dos casos de *reverse charge*, exige que a mesma contenha os requisitos previstos pela DIVA, admitindo, também que o sujeito passivo possa proceder à sua regularização em caso da existência de vícios formais⁶⁸.

Após o Caso Barlis, em que o TJUE admite pela primeira vez que o direito à dedução não pode ser recusado com base apenas no facto de uma das menções obrigatórias feitas pela Diretiva IVA estar ausente, se as condições substantivas para o exercício desse direito estiverem preenchidas, a AT deixa de poder limitar-se a examinar as próprias faturas, devendo ter em conta todas as informações fornecidas pelo contribuinte para determinar se o IVA foi, devida ou indevidamente, deduzido.

Um passo adiante com o Caso Senatex em que o TJUE afirma que a retificação de faturas erradas produz um efeito retroativo (ano da fatura inicial = ano de dedução), não causando assim o pagamento de juros de mora.

O último (até agora) passo com os casos Volkswagen e Biosafe, em que o TJUE aceita a dedução, mesmo efetuada a partir de uma fatura incorreta, se for objetivamente

⁶⁸ Cfr. Acórdão do STA n.º 024857, de 24 de maio de 2000, que admitiu a prova testemunhal na comprovação dos bens referidos na fatura, mas referindo primeiro que a menção estava de harmonia com o estatuído CIVA.

correto o montante do imposto a deduzir, e o sujeito passivo tenha atuado com suficiente meticulosidade, constituindo a fatura corretiva não apenas uma condição formal mas, sobretudo, substancial para deduzir e mais, o início de contagem do período de “regularização” (de caducidade para o exercício do direito) deve ser o momento da emissão do documento retificativo e não o momento em que a transação foi realizada, presentes que sejam regras de atuação diligentes e de boa fé. É no Processo Biosafe que a Advogada-Geral Kokott considera ser necessário “proceder à distinção, designadamente, entre a constituição do direito à dedução quanto ao seu fundamento e a constituição do direito à dedução quanto ao seu montante. Uma análise mais atenta demonstra que esta situação está igualmente em conformidade com a jurisprudência do TJUE relativa à retificação retroativa de faturas formalmente incorretas”. E continua, “esta jurisprudência aponta no sentido de que apenas é determinante o facto de a prestação ser realizada entre dois sujeitos passivos e de que o adquirente utiliza a prestação recebida para realizar operações tributáveis”. O TJUE parece considerar que a existência de uma fatura correta é uma mera formalidade. Contudo, nessa jurisprudência, o TJUE pronunciou-se sempre apenas sobre a constituição do direito à dedução quanto ao seu fundamento, porque, desde o início, não estava em discussão o montante da dívida fiscal e o montante da dedução do imposto. Ora, no caso em apreço não diz respeito à constituição do direito à dedução quanto ao seu fundamento, mas sim à constituição deste direito quanto ao seu montante, visto que, inicialmente, se aplicou uma taxa de imposto errada. Não se contesta que o adquirente (no caso em apreço, a Flexipiso – Pavimentos, SA) pode invocar o direito à dedução quanto ao seu fundamento e ao seu montante em relação aos 5% acordados e faturados. Apenas se questiona se o adquirente também podia invocar, já em 2008, o direito a uma dedução de imposto à taxa de 21%, uma vez que esta teria sido a taxa de imposto correta, ainda que ambas as partes não a tivessem tido em consideração, nem tão pouco a conhecessem. E conclui:

Consequentemente, o teor, o sentido e a finalidade do artigo 178.º, alínea a), em conjugação com o artigo 226.º, n.º 10, da Diretiva IVA, bem como a tomada em consideração do princípio da neutralidade opõem-se à constituição do direito à dedução quanto ao seu montante (objetivamente correto) no momento da execução da prestação. Deste modo, o direito a dedução da Flexipiso – Pavimentos, SA (relativamente à parte que excede o montante de imposto indicado à taxa de 5%), nasceu — como defendem a Comissão e a Biosafe — não antes de 2012, com a receção da fatura correspondente indicando o IVA a pagar.

Devendo então concluir-se que uma fatura corretora em que a taxa de IVA correta é indicada, não é apenas uma condição formal, mas antes um requisito material para deduzir o IVA pago a montante. Portanto, o ponto de partida do prazo de prescrição do direito à dedução deve ser o mesmo momento que a emissão de uma fatura corretiva e, não o momento em que a transação ocorreu e, tendo as decisões do TJUE influência direta sobre o direito interno, até porque produzidas em processos “nacionais”, isto sig-

nificará que, doravante, os sujeitos passivos podem bem enfrentar o desafio de solicitar a dedução do imposto quando, perante falta de informações obrigatórias nas faturas de compra, elas foram depois corrigidas, mesmo se as transações ocorreram anos antes. Podem os contribuintes agora pôr em causa eventuais recusas de dedução que possam sanar nos termos desta jurisprudência?

Dúvidas várias se nos levantam, todavia: qual o momento relevante ao nível do nosso procedimento interno?; será que tal retificação só pode ocorrer durante o procedimento inspetivo previsto no Regime Complementar do Procedimento Inspetivo e Aduaneiro?; ou, será que o sujeito passivo pode, ainda mais tarde, em sede de revisão administrativa (procedimento de reclamação graciosa, recurso hierárquico e revisão oficiosa nos termos da Lei Geral Tributária e Código do Procedimento e Processo Tributário) e, mesmo em sede de recurso contencioso, lançar mão da possibilidade de proceder à retificação de uma fatura tendo em vista o exercício do direito à dedução de IVA, não obstante a Administração fiscal já o ter recusado em sede de procedimento inspetivo?

A DIVA só preceitua sobre normas e princípios relativos à incidência, à isenção, à matéria coletável e a outras matérias de direito substantivo, mas não dispõe sobre questões processuais, designadamente sobre prazo de prescrição, de caducidade, formalismos inspetivos e exercício do contraditório, entre outros.⁶⁹

Assim, pensamos que, na ausência de normas sobre procedimento na regulamentação da DIVA, tendo em conta o princípio da autonomia processual dos estados membros, o princípio da equivalência, a proteção dos direitos de defesa, o princípio da segurança jurídica, o princípio da igualdade e a correta tramitação do processo, a retificação de uma fatura poderá ocorrer até à tomada de uma decisão definitiva no procedimento administrativo ou, mais tarde, se for caso disso, em sede de contencioso judicial.

Esta abordagem “flexível” quanto ao modo e tempo em que uma fatura irregular pode ser retificada tem como objetivo o de garantir o direito à dedução a qualquer sujeito passivo que efetivamente tenha suportado o pagamento do imposto.

Na verdade, a multiplicação de exigências pelos estados-membros no momento de emissão de faturas leva a que se dificulte ou anule o direito à dedução por quem deve exercê-lo na substância, um resultado frontalmente contrário aos objetivos prosseguidos pela DIVA.

Sintetizando, da jurisprudência do TJUE, podemos inferir que:

- a retificação de uma fatura irregular, nos termos do artigo 219.º da DIVA, só poderá ser efetuada pelo emitente e não pelo adquirente, atenta a função de controlo que a fatura tem no sistema IVA (quanto ao emitente, a fatura permite o controlo do pagamento do imposto e, relativamente ao destinatário, permite o controlo do direito à dedução). Admitir a retificação unilateral por parte do adquirente seria, como bem observa a Advogada-Geral no Caso Bárlis, aceitar que o conteúdo de uma fatura não resultaria dela própria, mas unicamente das afirmações do sujeito passivo, que alega existir uma relação entre dois documentos. Nessas condições,

⁶⁹ Acórdão do TJUE, de 12 fevereiro de 2015, Caso *Surgicare*, processo C-662/13, n.º 26.

os documentos não poderiam efetivamente ter a função de controlo da fatura;

- a fatura deve ser retificada até à decisão de recusa da administração fiscal do direito à dedução;
- quanto aos efeitos temporais da retificação de uma fatura em relação ao exercício do direito à dedução do IVA, o TJUE considera que a retificação de uma fatura que tem por objeto uma menção obrigatória produz efeitos retroativos, pelo que, o direito à dedução do IVA quanto ao seu fundamento reporta-se ao ano em que a fatura foi inicialmente emitida, mas, quanto ao seu *quantum* e atento o princípio da efetividade reporta-se à data em que tiver lugar a respetiva retificação.

6. Diferença entre inobservância dos requisitos formais das faturas, outras obrigações formais, faturas falsas e inexistência de fatura

A complementar esta temática, importa fazer referência, ainda que de modo breve por diferente daquela que aqui nos ocupa, à diferença entre incumprimento dos requisitos formais das faturas, incumprimento de outras obrigações formais do IVA e “faturas falsas” ou, no limite, a “inexistência de fatura”.

A distinção impõe-se, atento o papel que a fatura, como demonstramos, tem na mecânica do imposto e nas suas traves mestras – a obrigação de liquidação e o direito a dedução - o que não se verifica, obviamente, em relação às outras obrigações formais que constituem, em geral, obrigações acessórias ou instrumentais. O incumprimento deste tipo de obrigações formais também tem sido objeto de abordagem na jurisprudência do TJUE, levando este a afirmar que a substância das operações deve prevalecer sobre os requisitos de forma, sempre que isso se mostre necessário para garantir a neutralidade do IVA.

Quanto às denominadas “faturas falsas”, por não lhes estar subjacente nenhuma operação económica, como bem observou o Supremo Tribunal Administrativo no seu acórdão proferido Processo n.º 021103, de 22 de janeiro de 1997, “não há que confundir entre vícios formais das faturas e falsidade das faturas”⁷⁰. De facto, numa “fatura falsa” o que está em causa não são os requisitos formais da fatura, mas sim os requisitos de substância, nomeadamente a existência de uma operação económica tributada.

A distinção entre vício formal e falsidade da fatura revela-se essencial, desde logo, por razões relativas à distribuição do ónus da prova. Assim, quando a administração tributária desconsidera as faturas que reputa de falsas, aplicam-se as regras do ónus da prova do artigo 74.º da Lei Geral Tributária, competindo à Administração Fiscal fazer prova de que estão verificados os pressupostos legais que legitimam a sua atuação, ou seja, de que existem indícios sérios de que a operação constante da fatura não corresponde à realidade⁷¹. Já se a fatura enfermar de vícios formais que impeçam o exercício do

⁷⁰ Acórdão do STA, Processo n.º 021103, de 22 de janeiro de 1997.

⁷¹ Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, processo n.º 215/09, de 16 de abril de 2015.

direito à dedução, cabe ao sujeito passivo a prova do cumprimento dos requisitos formais da fatura. Por isso, não se pode apreciar esta temática dos vícios formais das faturas que titulam prestações efetivamente realizadas no mesmo plano das faturas falsas. Os efeitos que a falsidade de uma fatura tem, no exercício do direito à dedução, são os de legitimar as Administrações Fiscais a desconsiderar a dedução do IVA por falta de verificação dos requisitos de substância.

Outra questão que se pode colocar, tendo em conta que o TJUE tem vindo a afirmar que os “requisitos de substância prevalecem sobre os requisitos de forma”⁷², seria a de admitir que o direito à dedução do IVA pudesse ser exercido sem qualquer fatura ou documento equivalente. A este propósito, em virtude do caráter afirmativo e da clareza da explicação, transcreve-se, na parte que se refere à possibilidade de dedução de IVA sem fatura, as conclusões de Juliane Kokott, Advogada-geral, no Caso Biosafe:

Daqui poderia deduzir-se que seria possível beneficiar de uma dedução do imposto mesmo na falta de uma fatura. Com efeito, uma fatura constitui globalmente apenas um requisito formal. Se se demonstrar objetivamente que os requisitos substantivos do artigo 168.º da Diretiva IVA estão cumpridos, a falta dos requisitos formais não pode obstar à dedução do imposto. Todavia, a redação clara do artigo 178.º, alínea a), da Diretiva IVA opõe-se a esta conclusão. Além disso, na jurisprudência referida, o Tribunal exige igualmente de forma expressa a retificação de uma fatura (29). Deste modo, não é possível deduzir desta jurisprudência, nem da Diretiva IVA, um direito à dedução do imposto sem a posse de uma fatura.⁷³

Concordamos com o entendimento anteriormente veiculado, pois que, do nosso ponto de vista, a fatura, embora sendo um requisito global de forma para efeitos do exercício do direito à dedução, comporta em si mesma alguns elementos com natureza de substância.

7. Conclusões

1. O direito à dedução constitui a trave mestra do sistema IVA para desonerar o operador económico, sujeito passivo de IVA, do “peso” do IVA suportado no contexto da sua atividade económica, assegurando a neutralidade e, devendo ser entendido como parte integral da mecânica do imposto, não podendo, por isso, ser limitado por princípio.
2. A prática do direito de dedução revela-se, todavia, matéria complexa e representa mais de um quinto dos processos decididos pelo TJUE, verificando-se que o seu número tem vindo a subir.
3. A DIVA e o CIVA estabelecem os requisitos para o exercício do direito à dedução, com distinção entre requisitos de substância – a qualidade de sujeito passivo de IVA, o exercício de uma atividade económica e a natureza dos respetivos *outputs* e a exis-

⁷² Vasques, 2015b, p. 341.

⁷³ Conclusões da advogada-geral *Juliane Kokott* no processo *Biosafe*, acórdão citado, n.º 56.

tência de uma relação entre *inputs* e *outputs*, e de forma – imposto mencionado em fatura emitida em nome do sujeito passivo e na sua posse e contendo descrição adequada dos bens vendidos e/ou serviços prestados.

4. Os estados membros têm liberdade para fixar os elementos que devem fazer parte da fatura, para além dos que constam da DIVA, que considerem necessários para fins de controlo da cobrança e prevenção da fraude e evasão fiscal, estando, todavia, impedidos de associar o direito à dedução a requisitos formais das faturas que não estejam expressamente previstos na DIVA, não podendo, pois, negar o direito à dedução pelo simples facto de uma fatura não satisfazer requisitos formais, concluído que seja que os requisitos substanciais se encontram satisfeitos.
5. A faculdade de retificar faturas irregulares quando esteja em causa o exercício do direito à dedução é admitida pela DIVA e, tem vindo a informar a jurisprudência do TJUE, em defesa do princípio da neutralidade do imposto.
6. A retificação da fatura cabe ao emitente, tem efeitos retroativos quanto à fundamentação do direito a dedução e, abre para o seu *quantum* um novo período de exercício contado a partir da data da retificação, na condição de ausência de práticas fraudulentas ou abusivas e de diligência média do seu titular, podendo ser efetuada até à decisão de recusa da Administração fiscal do direito à dedução (concretamente no direito interno, até à tomada de uma decisão definitiva no procedimento administrativo ou, posteriormente, em sede de contencioso judicial, se for o caso).
7. Não pode ser exercido o direito à dedução do IVA se o sujeito passivo não tiver na sua posse uma fatura (inicial ou retificada), ou documento equivalente, já que a fatura, sendo embora um requisito global de forma para efeitos do exercício do direito à dedução, comporta em si mesma alguns elementos com natureza de substância.

8. Bibliografia

- BASTO, X. (1991). A harmonização fiscal na CEE. *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 362.
- BASTO, X. & OLIVEIRA, O. Parecer processo n.º 410/2016-T, do CAAD: Arbitragem Tributária, retirado de https://caad.org.pt/tributario/decisoies/decisao.php?s_processo=410%2F2016&s_data_ini=&s_data_fim=&s_resumo=&s_artigos=&s_texto=&id=2537.
- BOTELHO ANTUNES, B. (2008). *Da repercussão fiscal no IVA*. Coimbra: Almedina.
- CASALTA NABAIS, J. (2015). Por um estado fiscal suportável. In *Estudos de Direito Fiscal*, vol. IV. Coimbra: Almedina.
- CELORICO PALMA, C. (2014). Introdução ao imposto sobre o valor acrescentado. *Cadernos IDEFF*, n.º 1, reimpressão. Coimbra: Almedina.
- COSTA BASTOS, R.M. (2016). O direito à dedução do IVA: O caso particular dos *inputs* de utilização mista. *Cadernos IDEFF*, n.º 15, reimpressão. Coimbra: Almedina.
- DUARTE NEVES, F. (2012). *Código do IVA comentado e anotado*, 2.ª Edição. VidaEconómica, livraria online.
- MORAIS, A. & MENEZES, S. (2017). Formalidades das faturas e direito à dedução: Acórdão *Barlis*. *Cadernos IVA 2017*, pp. 85-86.
- OLIVEIRA, M.O. & CAMBÃO, J.S. (2016). Exclusões, restrições, limitações e outras complicações em matéria de direito a dedução no imposto sobre o valor acrescentado. *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto*, vol. 6, n.º 6, retirado de <<http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rfdulp/article/view/5347>>.
- SÁ E SILVA, E. (2017). Evolução e perspetivas do sistema de IVA. *Revista Mensal da Ordem dos Contabilistas Certificados*, n.º 212, pp. 59-60.
- VASQUES, S. (2015a). *Cadernos IVA 2015*. Coimbra: Almedina.
- VASQUES, S. (2015b). *O imposto sobre o valor acrescentado*. Coimbra: Almedina.
- VASQUES, S. (2016). *Cadernos IVA 2016*. Coimbra: Almedina.
- VASQUES, Sérgio (2017). *Cadernos IVA 2017*. Coimbra: Almedina.

JURISPRUDÊNCIA DO TJUE

- Acórdão do TJUE, de 8 de maio de 2013, Caso Petroma, processo C-271/12.
- Acórdão do TJUE, de 14 de fevereiro de 1985, Caso Rompelman, processo C-268/83.
- Acórdão do TJUE, de 29 de junho de 1999, Caso Coffeeshop Siberi, processo C-158/98.
- Acórdãos do TJUE, de 22 de junho de 1993, Caso Satam /Sofitam, processo C-333/91 e C-142/99.
- Acórdão do TJUE, de 14 de novembro, Caso Floridienne e Berginvest, processo C-142/99.
- Acórdão do TJUE, de 25 de julho de 1991, Caso Ayuntamiento de Sevilla, processo C-202/90.
- Acórdão do TJUE, de 8 de junho de 2000, Caso Midland Bannk, processo C-98/98.
- Acórdão do TJUE, de 30 de março de 2006, Caso Uudenkaupungin Kaupunki, processo C-184/04.
- Acórdão do TJUE, de 21 de fevereiro de 2013, Caso Wolfram Becker, processo C-104/12.
- Acórdão do TJUE, de 26 de maio de 2005, Caso Kretztechnik, processo C-465/03.
- Acórdão do TJUE, de 23 de abril de 2009, Caso Puffer, processo C-460/07.
- Acórdão do TJUE, de 29 de fevereiro de 1996, Caso INZO, processo C-110/94.
- Acórdão do TJUE, de 8 de junho de 2000, Caso Schloßtraße, processo C-396/98.
- Acórdão do TJUE, de 15 de janeiro de 1998, Caso Ghent Coal Terminal, processo C-37/95.

Acórdão do TJUE, de 1 de março de 2012, Caso Kopalnia Odkrywkowa Polski Trawertyn, processo C-280/10.

Acórdão do TJUE de 3 de março de 2005, Caso Fini, processo C-32/03.

Acórdão do TJUE, de 8 de maio de 2008, Caso Ecotrade, processos C-95/07 e C-96/08.

Acórdão do TJUE, de 19 de novembro de 1998, Caso SFI, processo C-85/97.

Acórdão do TJUE, de 29 de abril de 2004, Caso Terra Baubedarf-Handel, processo C-152/02.

Acórdão do TJUE, de 15 de julho de 2010, Caso Pannon Gép, processo C-368/09.

Acórdãos do TJUE, de 14 de junho de 1988, Caso Lea Jeunehomme e EGI, processos C-123 e 330/87.

Acórdão do TJUE, de 25 de abril de 2005, Caso Finanzamt Bergisch Gladbach, processo C-25/03.

Acórdão do TJUE, de 9 de julho de 2015, Caso Salomie e Oltean, processo C-183/14.

Acórdão do TJUE, de 12 de abril de 2018, Caso Biosafe, processo C-8/17.

Acórdão do TJUE, de 15 de setembro de 2016, Caso Barlis O6, processo C-516/14.

Acórdão do TJUE, de 21 de março de 2018, Caso Volkswagen, processo C-533/16.

Conclusões da advogada-geral Juliane Kokott no processo Biosafe, apresentadas a 30 de novembro de 2017, do TJUE, processo C-8/17.

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

Acórdão do CAAD: Arbitragem Tributária, processo n.º 716/2016-T, de 17 de fevereiro de 2017.

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, processo n.º 021103, de 22 de janeiro de 1997.

Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, processo n.º 024854, de 24 de maio de 2000.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 26 de outubro de 2010, processo n.º 04170/10.

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, processo n.º 215/09, de 16 de abril de 2015.

O problema da discriminação inversa
no Direito da União Europeia
Uma abordagem jurisprudencial

Maria Francisca Coelho de Carvalho

Sob a orientação da
Professora Doutora Sofia Oliveira Pais

Agradecimentos

Aos meus pais, que me amam incondicionalmente e me têm como prioridade.

À minha irmã, que acredita e confia em mim de forma encorajadora.

À minha avó, que me conforta com palavras e gestos que nunca se esgotam.

Não posso deixar de agradecer à Professora Sofia Oliveira Pais pela disponibilidade e partilha de conhecimento, essenciais para a realização desta dissertação.

Resumo

Os direitos de circulação e residência no território europeu, criados com o propósito de fortalecer a livre circulação de trabalhadores, assumiram-se como fundamentais no estatuto da cidadania europeia, que tende a ser o estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-Membros. No entanto, quando o exercício dos direitos está condicionado à verificação de um “elemento transfronteiriço”, surge uma clara distinção entre cidadãos migrantes e cidadãos estáticos. Nesta dissertação pretendemos analisar o percurso da discriminação inversa no Tribunal de Justiça, compreendendo melhor o problema e procurando eventuais soluções assentes no princípio da solidariedade.

Palavras-chave: Direito de circulação; direito de residência; cidadania europeia; princípio da não discriminação; princípio da solidariedade; discriminação inversa.

Abstract

The rights of movement and residence in the European territory, created with the aim of strengthening the free movement of workers, have become fundamental in the status of European citizenship, which tends to be the fundamental status of nationals of the Member States. However, when the exercise of rights is conditional to verification of a “cross-border element”, a clear distinction arises between migrant citizens and static citizens. In this dissertation we aim to analyze the course of reverse discrimination in the Court of Justice to better understand this problem and to find possible solutions based on the principle of solidarity.

Keywords: Right of movement; right of residence; European citizenship; principle of non discrimination; principle of solidarity; reverse discrimination.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
AG	Advogado-Geral
Al.	Alínea
Art.	Artigo
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
Cfr.	Confrontar
Cit.	Citada
DI	Direito Internacional
DUE	Direito da União Europeia
Ed.	Edição
EM	Estado-Membro
Ibid.	<i>Ibidem</i>
N.º	Número
P/pp.	Página/páginas
PE	Parlamento Europeu
Proc.	Processo
Ss.	Seguintes
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJ	Tribunal de Justiça
TUE	Tratado da União Europeia
UE	União Europeia
Vol.	Volume

Índice

Introdução	6
1. As situações puramente internas e a discriminação inversa	7
2. A introdução do estatuto da cidadania europeia	9
2.1. A jurisprudência do pós-Maastricht	11
2.1.1. O caso Walloon Government e a opinião da AG Sharpston	15
3. O caso Rottmann	17
4. A trilogia	19
4.1. Zambrano	19
4.2. McCarthy	22
4.2.1. A opinião da AG Kokott por contraposição à opinião da AG Sharpston	25
4.3. Dereci	26
5. O pós-trilogia	29
6. Jurisprudência recente	31
Conclusão	33
Bibliografia	35

Introdução

A livre circulação dos fatores produtivos – mercadorias, trabalhadores, serviços, capitais – visava a criação de um mercado comum. As pessoas eram tidas como meros fatores de produção e, nessa visão economicista, atribuir-lhes os direitos de circulação e residência no território dos Estados-Membros era indispensável para que pudessem contribuir para o processo de integração económico europeu. Estes direitos foram, inicialmente, concebidos com o intuito de fortalecer a livre circulação de trabalhadores.

Criada com o objetivo triplo de aproximar os povos da Europa, reforçar os direitos dos cidadãos nacionais dos Estados-Membros e contribuir para a superação da crise de legitimidade da União Europeia, entendemos que a cidadania da União representa um passo fundamental no processo de integração europeia. Os direitos de circulação e residência são, hoje, atribuídos não só aos trabalhadores europeus e aos seus familiares, como a todos os cidadãos europeus (artigos 20.º e 21.º TFUE), assumindo-se como nucleares no estatuto da cidadania europeia. Sucede que, a jurisprudência do TJ tem condicionado o seu exercício à verificação do requisito da “transnacionalidade”, surgindo o problema da discriminação inversa quando o Tribunal considera que as regras das liberdades de circulação não são aplicáveis às situações puramente internas.

Deste modo, importa encontrar soluções inovadoras que permitam conciliar o exercício de direitos fundamentais por parte dos cidadãos da União com os interesses legítimos dos Estados-Membros, designadamente, na manutenção de sistemas nacionais de segurança social sustentáveis. Devemos recordar, neste balanceamento de interesses, que para além da coesão económica, social e territorial, a União promove a solidariedade entre os Estados-Membros (art. 3.º n.º 3 TUE).

Na fase inicial da dissertação faremos um enquadramento teórico do problema objeto de estudo – analisaremos conceitos como “situações puramente internas” e “discriminação inversa”. De seguida, trataremos as eventuais mudanças introduzidas pelo estatuto (fundamental) da cidadania europeia, explorando a jurisprudência posterior à entrada em vigor do Tratado de Maastricht.

O nosso ponto de partida será, tanto quanto possível, a jurisprudência do TJ, pelo que numa segunda fase da dissertação traremos à colação o inovador caso *Rottmann*. Prosseguindo, cronologicamente, a análise jurisprudencial, seguir-se-á a abordagem à trilogia *Zambrano*, *McCarthy*, *Dereci*. Sempre que nos parecer pertinente, faremos referência às conclusões dos Advogados-Gerais que, por antecederem as decisões do TJ, influenciam, não poucas vezes, as decisões do Tribunal.

Na parte final da dissertação, listaremos uma série de casos relevantes que se seguiram à trilogia. Por último, faremos uma confrontação com a jurisprudência mais atual.

Pretendemos, através da análise dos casos chegados ao Tribunal de Justiça, compreender, de forma mais pormenorizada, o problema da discriminação inversa, averiguando quais as suas implicações práticas em questões tão sensíveis como, por exemplo, a reunificação familiar.

1. As situações puramente internas e a discriminação inversa

O conceito de situações puramente internas foi desenvolvido em paralelo com o tratamento dado pelo TJ aos casos de discriminação inversa¹.

A discriminação inversa surge quando um nacional de um EM é prejudicado por não poder invocar disposições do DUE no seu EM de origem, enquanto um cidadão de outro EM, em circunstâncias idênticas, por se ter movimentado, pode invocar essas mesmas disposições². Tal como constatado por BARNARD, os cidadãos migrantes usufruem de um tratamento mais favorável no EM de acolhimento (aproveitando benefícios do DUE e da legislação nacional), em comparação com os cidadãos não-migrantes³, nacionais desse EM, abrangidos exclusivamente pela legislação nacional⁴. TRYFONIDOU explica a qualificação como “inversa”: o grupo que se esperava que fosse beneficiado é, ao invés, tratado menos favoravelmente como resultado de uma “compensação em excesso” atribuída a um grupo tradicionalmente prejudicado⁵. Estas situações não são impedidas pelo DUE, que as considera puramente internas⁶.

A discriminação inversa e as situações puramente internas foram abordadas pelo TJ, inicialmente, em três casos paradigmáticos⁷: *Knoors*⁸, *Auer*⁹, *Saunders*¹⁰. Em *Knoors*, a jurisprudência do TJ mencionou o conceito de situações puramente internas; em *Saunders*, esse conceito foi pela primeira vez aplicado, esclarecendo que as situações puramente internas são as que não têm qualquer ligação ao DUE:

As disposições do Tratado sobre a liberdade de circulação de trabalhadores não podem, portanto, ser aplicadas a situações que são puramente internas de um EM, noutras palavras, onde não há nenhum fator de conexão a uma qualquer situação abrangida pelo direito comunitário¹¹.

Anteriormente, em *Knoors*, o TJ havia afirmado que as disposições do Tratado em matéria de estabelecimento e de prestação de serviços não podiam ser aplicadas a situações puramente internas de um EM¹², consagrando a obrigação de existência de um elemento transfronteiriço para aplicação do DUE. Para além das “liberdades” referidas nestes acórdãos, a utilização do conceito de situações puramente internas para definir o âmbito de proteção concedido pelo direito comunitário contra a discriminação inversa foi progressivamente alargado para outras liberdades, em particular, na livre circulação de mercadorias, mas verificando-se sempre o mesmo resultado.¹³ Tomemos os casos

¹ Poiares Maduro, 2000, p. 118.

² Pickup, 1986, p. 137.

³ Também apelidados de “cidadãos estáticos”. *Cfr.* Shuibhne, 2002, p. 731.

⁴ Barnard, 2013, p. 236.

⁵ Tryfonidou, 2009, p. 12.

⁶ Lenaerts & Van Nuffel, 2011, pp. 7-064.

⁷ Poiares Maduro, 2000, p. 118.

⁸ Ac. *Knoors*, de 07.02.1979, proc. C-115/78.

⁹ Ac. *Auer*, de 07.02.1979, proc. C-136/78.

¹⁰ Ac. *Saunders*, de 28.03.1979, proc. C-175/78.

¹¹ *Ibid.*, § 11.

¹² Ac. *Knoors*, cit., § 24.

¹³ Poiares Maduro, 2000, p. 119.

*Moser*¹⁴ e *Morson*¹⁵ como exemplos. No primeiro, a um professor comunista, de nacionalidade alemã, foi recusado o acesso a um estágio devido às suas ideologias políticas e o professor não pôde invocar a violação do artigo 45.º TFUE¹⁶. Em *Morson*, um cidadão holandês, que não tinha exercido o seu direito de circulação, não conseguiu trazer a sua mãe, nacional de um Estado terceiro, para consigo residir¹⁷. Por contraposição, em *Singh*¹⁸, um nacional indiano e a esposa, nacional britânica, puderam invocar disposições de DUE para garantir a entrada e residência no Reino Unido, aquando do regresso da Alemanha, país onde tinham trabalhado por um período de dois anos¹⁹.

Em suma, nas situações puramente internas todos os factos estão “confinados a um EM” e na inexistência de um elemento transfronteiriço não há ligação ao DUE²⁰. Nesse sentido, Ritter caracteriza a discriminação inversa como produto da divisão de competências entre o direito nacional e o direito comunitário²¹ e Shuibhne afirma que a discriminação inversa é, usualmente, considerada “inevitável e aceitável”, corolário do princípio da não interferência do DUE nos assuntos internos dos EM²².

Importa realçar que, como refere Poiares Maduro, os Estados-Membros não têm qualquer vontade em discriminar contra os próprios nacionais. A discriminação inversa surge porque a legislação comunitária obriga os EM a tratar os nacionais de outros EM de uma forma que, originalmente, não tinha sido pensada para o tratamento dos seus próprios nacionais²³. No mesmo sentido, AG Jacobs, nas conclusões apresentadas no processo *Konstantinidis*: “um Estado-Membro pode ser obrigado, em certas circunstâncias, a tratar os produtores ou os trabalhadores de outros Estados-Membros de uma maneira mais favorável do que os seus próprios produtores ou trabalhadores”²⁴.

Na verdade, a discriminação inversa ocorre contra pessoas que não fizeram uso do seu direito de livre circulação. Sucede que, os nacionais são mais facilmente enquadráveis na categoria de cidadãos estáticos, tendo os migrantes intracomunitários, por natureza, feito uso dos seus direitos. Desta forma, a discriminação inversa é descrita como contra os próprios nacionais porque apenas esses são suscetíveis de ser afetados por este problema²⁵.

Surge, desde logo, a questão: qual a justificação apresentada pelo DUE para “permissão” deste tratamento aparentemente discriminatório²⁶? Barnard lança a pergunta e, simultaneamente, apresenta uma explicação duplamente motivada. A primeira razão é jurisdicional: deste modo, é possível uma divisão de competências entre a aplicação do direito comunitário e o que permanece na esfera de cada um dos Estados-Membros. “A

¹⁴ Ac. *Moser*, de 28.06.1984, proc. C-180/83.

¹⁵ Ac. *Morson*, de 27.10.1982, procs. C-35/82 e C-36/82.

¹⁶ Art. 45.º TFUE (ex-artigo 39.º TCE) n.º 1: “A livre circulação dos trabalhadores fica assegurada na União”.

¹⁷ Cfr. Pais, 2010, p. 485.

¹⁸ Ac. *Singh*, de 07.07.1992, proc. C-370/90.

¹⁹ Cfr. White, 1993, p. 527.

²⁰ Ritter, 2006, p. 690.

²¹ Ritter, 2006, p. 691.

²² Shuibhne, 2002, p. 731.

²³ Poiares Maduro, 2000, p. 127.

²⁴ Conclusões do AG Jacobs de 09.12.1992, apresentadas no proc. C-168/91, § 49.

²⁵ Dautricourt & Thomas, 2009, p. 434.

²⁶ Barnard, 2013, p. 236.

legislação europeia aplicar-se-á aquando da existência de uma dimensão interestadual” (um elemento transfronteiriço) e, por sua vez, “o direito interno aplicar-se-á a situações puramente internas de um EM”. A segunda razão é de carácter político: os migrantes não conseguem participar nos processos políticos do EM de acolhimento e, na tentativa de os proteger, o DUE intervém. Os cidadãos nacionais, ao invés, conseguem aceder a estes processos, conseguindo “pressionar” o poder político, razão pela qual não são objeto de igual proteção por parte do direito comunitário²⁷. Contexto em que o TJ firmou: “eventuais discriminações de que os nacionais de um Estado-Membro possam ser objeto à luz do direito desse Estado enquadram-se no âmbito de aplicação deste, de modo que devem ser resolvidas no quadro do sistema jurídico interno do referido Estado”²⁸.

Haverá “boas razões” a nível jurisdicional e político para a existência da regra das situações puramente internas²⁹, acontece que o TJ nem sempre foi coerente na sua aplicação e, em certos casos, bastou-se com uma potencial ligação com o DUE³⁰.

Surge, deste modo, uma outra questão: em que deverá consistir o vínculo para submissão da questão à jurisdição europeia? Identificar o tipo de ligação que a situação deve apresentar com o direito comunitário para que o mesmo se possa aplicar é um passo fundamental³¹.

Na opinião de Poiães Maduro, o TJ apenas reconhecera uma ligação ao DUE se se verificasse o exercício da livre circulação ou se o cidadão fosse nacional de um outro Estado-Membro. O TJ protegeria os nacionais de um EM apenas verificada essa conexão e se o mercado interno fosse ameaçado³².

Como veremos de seguida, e tendo por base o estatuto da cidadania europeia, o TJ decidiu em casos como *Schempp*³³ ou *Garcia Avello*³⁴, que os arts. 20.º e 21.º TFUE conferem direitos a cidadãos europeus que nunca exerceram o direito de circulação. Nesse contexto, os vínculos estabelecidos foram caracterizados como “ténues”³⁵. Em igual sentido, a AG Sharpston afirmou que existiam processos relativos à cidadania em que o elemento de deslocação efetiva era “dificilmente identificável” ou “francamente inexistente”³⁶. Em momento muito anterior, Pickup tinha referido que estávamos perante “uma distinção arbitrária”³⁷ que conduziria, necessariamente, a um conjunto de incertezas.

2. A introdução do estatuto da cidadania europeia

A cidadania europeia foi introduzida no Tratado da Comunidade Europeia, em 1992, com o objetivo de aproximar os povos da Europa, reforçar os direitos dos cidadãos nacionais, e contribuir para a legitimidade da União Europeia³⁸ ou, por outras palavras,

²⁷ Barnard, 2013, p. 236.

²⁸ Ac. *Uecker e Jacquet*, de 05.06.1997, procs. C-64/96 e C-65/96, § 23.

²⁹ Cfr. Lenaerts, 2011, p. 8.

³⁰ Barnard, 2013, p. 237.

³¹ Cfr. Pais, 2010, p. 487.

³² Poiães Maduro, 2000, p. 123.

³³ Ac. *Schempp*, de 12.07.2005, proc. C-403/03.

³⁴ Ac. *Garcia Avello*, de 02.10.2003, proc. C-148/02.

³⁵ Pais, 2010, p. 488.

³⁶ Conclusões AG Sharpston de 30.09.2010, apresentadas no proc. C-34/09, § 77.

³⁷ Pickup, 1986, p. 154.

³⁸ Cfr. Pais, 2010, p. 468.

também de Sofia Pais, com o objetivo triplo: “contribuir para promover a livre circulação, para a construção de uma identidade europeia e para superar a crise de legitimidade da União”³⁹. O art. 17.º TCE⁴⁰ estabelecia “É instituída a cidadania da União. É cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro”. O Tratado de Amsterdão acrescentou uma frase ao que ficara consagrado em Maastricht: “A cidadania da União acresce à cidadania nacional e não a substitui”⁴¹.

Nas diferentes alíneas do n.º2 do atual art. 20.º TFUE, bem como nos arts. 21.º a 24.º TFUE, encontramos consagrados direitos de que os cidadãos da UE gozam⁴². Acreditamos que os benefícios concedidos aos cidadãos europeus não se esgotam nestes artigos na medida em que podem também invocar direitos consagrados em legislação derivada, mais específica, bem como a proteção geral do art. 18.º e do art. 19.º TFUE⁴³.

Após a entrada em vigor do Tratado de Maastricht⁴⁴, o acórdão *Uecker e Jacquet*⁴⁵ representa o primeiro caso em que o TJ teve oportunidade para tomar posição no que às situações puramente internas e à discriminação inversa dizia respeito. Kari Uecker, de nacionalidade norueguesa, e Vera Jacquet, de nacionalidade russa, eram professoras em universidades alemãs, casadas com nacionais alemães e residentes na Alemanha que, com uma argumentação assente no facto de serem cônjuges de cidadãos europeus, pretendiam fruir de disposições de cidadania da União. No caso, o órgão jurisdicional nacional colocou três questões ao TJ, mas não sem primeiramente observar que era duvidoso que os princípios fundamentais de uma Comunidade que caminhava rumo à União Europeia permitissem que uma disposição nacional contrária ao direito comunitário fosse aplicada por um Estado-Membro aos seus próprios nacionais⁴⁶. A primeira questão colocada foi, desde logo, se uma pessoa, nacional de um país terceiro, casada com um trabalhador nacional de um EM, podia invocar no território desse Estado, o direito conferido pelo art. 11.º do Regulamento n.º 1612/68, quando esse trabalhador exercia no referido território uma atividade profissional⁴⁷. Foi no sentido de dar uma resposta que o TJ afirmou:

A este propósito, importa salientar que a cidadania da União [...] não tem por objetivo alargar o âmbito de aplicação material do Tratado igualmente a situações internas sem qualquer conexão com o direito comunitário. [...] As eventuais discriminações de que os nacionais de um Estado-Membro possam ser objeto à luz do direito desse Estado enquadram-se no âmbito de

³⁹ Pais, 2010, p. 476.

⁴⁰ Atual art. 20.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

⁴¹ *Cfr.* Weiler, 1999, p. 324.

⁴² Destaque para o art. 21.º TFUE: “Qualquer cidadão da União goza do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros, sem prejuízo das limitações e condições previstas nos Tratados e nas disposições adotadas em sua aplicação”.

⁴³ Proteção que se traduz no direito à não discriminação em razão da nacionalidade, do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual.

⁴⁴ O Tratado foi assinado a 07.02.1992 e entrou em vigor a 01.11.1993.

⁴⁵ *Ac. Uecker e Jacquet*, de 05.06.1997, procs. C-64/96 e C-65/96.

⁴⁶ *Cfr. Ac. Uecker e Jacquet*, cit., § 12.

⁴⁷ *Ibid.*, § 15.

aplicação deste, de modo que devem ser resolvidas no quadro do sistema jurídico interno do referido Estado⁴⁸.

Em suma, a resposta que o TJ apresentou para a primeira questão colocada pelo órgão jurisdicional de reenvio foi que uma pessoa, nacional de um país terceiro, casada com um trabalhador nacional de um EM não podia invocar o direito conferido pelo art. 11.º do Regulamento n.º 1612/68 porque esse trabalhador nunca tinha exercido o direito de livre circulação na Comunidade⁴⁹. O acórdão não respondeu às outras duas questões colocadas pelo tribunal nacional na medida em que ambas estariam dependentes de resposta afirmativa à primeira pergunta⁵⁰.

Face ao exposto, Lenaerts⁵¹ afirmou que, numa fase inicial, a introdução das disposições relativas à cidadania da União nada tinha mudado: também no contexto da cidadania europeia o TJ chegava à solução de inaplicabilidade do DUE a situações internas⁵². Nesse sentido, Kochenov e Plender⁵³ caracterizaram a cidadania da União como “uma promessa de Maastricht”. Na verdade, a solução adotada em *Uecker e Jacquet* e a célebre declaração vertida no parágrafo 23 do acórdão foi, inúmeras vezes, invocada pelo TJ⁵⁴.

No acórdão *Grzelczyk* o TJ reconheceu que “o estatuto de cidadão da União tende a ser o estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-Membros”⁵⁵, afirmação que viria a repetir em *Baumbast*⁵⁶ ou em *Chen*⁵⁷. Deste modo, a introdução do estatuto de cidadão europeu suscitou inúmeras questões para as quais o TJ apresentou (ou não) resposta. Podem pessoas, sem nacionalidade de um EM, como Kari Uecker e Vera Jacquet, cônjuges de cidadãos europeus, invocar de forma derivada os direitos de cidadania europeia? No nosso entender, a análise da jurisprudência do TJ configura-se fundamental.

2.1. A jurisprudência do pós-Maastricht

A criação do estatuto da cidadania europeia influenciou profundamente a divisão de competências entre a UE e os EM, afetando tanto o âmbito pessoal como o âmbito material do DUE. Anteriormente, a aplicação do direito comunitário estava exclusivamente reservada para aqueles que, de alguma forma, participavam na construção do mercado interno⁵⁸. Assim sendo, cada cidadão teria de preencher quatro condições para que fosse abrangido pelo âmbito pessoal do Tratado: ser nacional de um EM; ter uma ligação económica com o mercado interno; estabelecer uma situação transfronteiriça; estabelecer uma conexão lógica entre os três primeiros pressupostos ou, nas palavras de Kochenov, ter a intenção de contribuir para o mercado interno⁵⁹.

⁴⁸ Ac. *Uecker e Jacquet*, cit., § 23.

⁴⁹ Cfr. Ac. *Uecker e Jacquet*, cit., § 24.

⁵⁰ *Ibid.*, § 25.

⁵¹ Cfr. Lenaerts, 2011, p. 7.

⁵² Cfr. Pais, 2010, p. 486.

⁵³ Kochenov & Plender, 2012, p. 369.

⁵⁴ Cfr. Ac. *Garcia Avello*, cit., § 26.

⁵⁵ Ac. *Grzelczyk*, de 20.09.2001, proc. C-184/99, § 31.

⁵⁶ Ac. *Baumbast*, de 17.09.2002, proc. C-413/99, § 82.

⁵⁷ Ac. *Chen*, de 19.10.2004, proc. C-200/02, § 25.

⁵⁸ Kochenov, 2011, p. 64.

⁵⁹ Kochenov, 2011, p. 66.

Sucedeu que, após a entrada em vigor do Tratado de Maastricht, o TJ decidiu que todos os cidadãos da UE preenchem o âmbito pessoal do Tratado⁶⁰, o que está em perfeita harmonia com a letra do art. 20.º TFUE⁶¹: o artigo não faz referência à necessidade do preenchimento de outro requisito que não o da nacionalidade de um EM. Na opinião de Spaventa, a introdução do estatuto da cidadania da União alterou o “paradigma do migrante”: já não será necessário ter exercido o direito de circulação para preenchimento do âmbito pessoal do Tratado – afirmação suportada na formulação do já mencionado art. 20.º TFUE bem como na jurisprudência do TJ⁶². Em *D’Hoop*⁶³ o TJ distinguiu o âmbito pessoal do âmbito material do Tratado e, em suma, os cidadãos da União, por definição, enquadram-se no âmbito pessoal do Tratado e os direitos migratórios aí conferidos são parte do âmbito material⁶⁴. Em *Baumbast*, o TJ afirmou que o TUE “não exige que os cidadãos da União exerçam uma atividade profissional, assalariada ou independente, para gozarem dos direitos previstos na [...] cidadania da União”⁶⁵. Também no caso *Trojani*, o TJ afirmou: “Há que recordar que o direito de residir no território dos Estados-Membros é diretamente reconhecido a qualquer cidadão da União” pelo que M. Trojani tinha o direito de invocar a disposição do Tratado (atual art.º 21, n.º1 TFUE) apenas na sua qualidade de cidadão da União⁶⁶. Em *Collins*, o TJ referiu que os cidadãos europeus que “residam legalmente no território do Estado-Membro de acolhimento podem invocar o artigo 6.º do Tratado em todas as situações que cabem no âmbito de aplicação *ratione materiae* do direito comunitário”⁶⁷. Resulta desta jurisprudência que um cidadão europeu é abrangido pelo âmbito pessoal do Tratado por força exclusiva do art. 20.º, n.º1 TFUE⁶⁸. As atenções focam-se, deste modo, no *ratione materiae* do DUE. Na tentativa de delimitação do âmbito material do Tratado, a análise de jurisprudência assume caráter fulcral.

A este propósito, e tal como anunciado por Kochenov, o TJ alargou, gradualmente, o conceito de situação transfronteiriça. O intuito seria o de garantir que um maior número de cidadãos europeus, mesmo aqueles com uma conexão indireta (ou até mesmo hipotética) com o ordenamento jurídico da UE, pudessem cair no âmbito de aplicação do direito comunitário⁶⁹.

Nos casos *Garcia Avello*⁷⁰ e *Chen*⁷¹, o TJ encontrou um elemento transfronteiriço que permite a aplicação das disposições europeias em matéria de cidadania mesmo quando os requerentes nunca abandonaram o território do Estado-Membro em que nasceram e não têm, aparentemente, intenção de o fazer⁷².

⁶⁰ Cfr. Ac. *Martinez Sala*, de 12.05.1998, proc. C-85/96, § 59, 60 e 61.

⁶¹ Cfr. Kochenov, 2011, p. 67.

⁶² Cfr. Spaventa, 2008, p. 18.

⁶³ Ac. *D’Hoop*, de 11.07.2002, proc. C-224/98.

⁶⁴ Spaventa, 2008, p. 19.

⁶⁵ Ac. *Baumbast*, de 17.09.2002, proc. C-413/99, § 83.

⁶⁶ Ac. *Trojani*, de 07.09.2004, proc. C-456/02, § 31.

⁶⁷ Ac. *Collins*, de 23.03.2004, proc. C-138/02, § 61.

⁶⁸ Cfr. Spaventa, 2008, p. 20.

⁶⁹ Kochenov, 2011, p. 69.

⁷⁰ Ac. *Garcia Avello*, de 02.10.2003, proc. C-148/02.

⁷¹ Ac. *Chen*, de 19.10.2004, proc. C-200/02.

⁷² Cfr. Craig & De Burca, 2015, p. 866.

No primeiro caso, C. Garcia Avello, de nacionalidade espanhola, e I. Weber, de nacionalidade belga, residentes na Bélgica, tinham dois filhos, Esmeralda e Diego, ambos possuidores de dupla nacionalidade belga e espanhola. Na conservatória do registo civil belga o apelido que constava do assento de nascimento das crianças era o apelido “Garcia Avello”, apelido do pai, conforme o direito belga. Foi suscitada a alteração para “Garcia Weber”, alegando que, no direito espanhol, o apelido dos filhos é composto pelo primeiro apelido do pai, ao que se segue o apelido da mãe. O requerimento apresentado pelos pais, em representação dos menores, foi indeferido por contrário à legislação belga⁷³. O TJ, por sua vez, referiu que a cidadania europeia não tinha por objetivo alargar o âmbito de aplicação material do Tratado a situações internas sem qualquer conexão com o DUE⁷⁴. No entanto, afirmou que a “conexão com o direito comunitário existe no que respeita a pessoas em situação idêntica à dos filhos de C. Garcia Avello, os quais são nacionais de um Estado-Membro a residir legalmente no território de outro Estado-Membro”⁷⁵ acrescentando que a esta conclusão não se poderia opor a circunstância de Esmeralda e Diego possuírem igualmente a nacionalidade belga⁷⁶. O TJ concluiu, deste modo, que os “filhos do recorrente no processo principal podem invocar o direito, previsto no artigo 12.º CE (atual art. 18.º TFUE), de não sofrerem qualquer discriminação em razão da nacionalidade, à luz das normas que regulam o seu apelido”⁷⁷. O Tribunal distinguiu a situação das pessoas que possuem apenas nacionalidade belga da dos nacionais belgas que possuem também nacionalidade espanhola. Estes últimos “usam apelidos de família diferentes ao abrigo dos dois sistemas jurídicos em causa”⁷⁸ e essa “situação de diversidade de apelidos de família é suscetível de criar aos interessados sérios inconvenientes de ordem profissional e privada”⁷⁹. Estaria em causa o direito de livre circulação de Esmeralda e Diego, mesmo que em momento ulterior, uma vez que enfrentariam “dificuldades em gozar, num Estado-Membro cuja nacionalidade possuem, os efeitos jurídicos de atos ou de documentos elaborados sob o apelido reconhecido noutra Estado-Membro cuja nacionalidade também possuem”⁸⁰.

O TJ concluiu que a situação não era puramente interna. Na verdade, a situação estava em contacto com mais do que um ordenamento jurídico: Esmeralda e Diego residiam na Bélgica mas tinham dupla nacionalidade, belga e espanhola. Estamos, no entanto, na presença de vínculos ténues⁸¹. Dautricourt e Thomas afirmaram a existência de uma tendência, por parte do TJ, em considerar o requisito do elemento transfronteiriço verificado mesma na ausência de movimento físico⁸². Na perspetiva dos autores, e

⁷³ Art. 335.º, n.º 1 do Código Civil belga, que dispunha que: “A criança relativamente à qual apenas a filiação paterna esteja estabelecida ou cujas filiações paternal e maternal estejam estabelecidas em simultâneo usará o apelido do pai”.

⁷⁴ O TJ fez referência, e reiterou, a posição que havia tomado no caso *Uecker e Jacquet*.

⁷⁵ *Ac. Garcia Avello*, cit., § 27.

⁷⁶ *Ac. Garcia Avello*, cit., § 28.

⁷⁷ *Ibid.*, § 29.

⁷⁸ *Ibid.*, § 35.

⁷⁹ *Ibid.*, § 36.

⁸⁰ *Ibid.*, § 36.

⁸¹ Pais, 2010, p. 488.

⁸² *Cfr.* Lenaerts, 2011, p. 8.

criando tais elementos artificiais, o TJ estaria a prosseguir uma agenda escondida com o objetivo de eliminar a discriminação inversa⁸³.

No segundo caso, M. L. Chen, nacional chinesa, entrou no Reino Unido e deslocou-se à Irlanda do Norte para dar à luz Catherine. Qualquer criança nascida na Irlanda adquiria a nacionalidade irlandesa⁸⁴, vigorando a regra do *ius soli*⁸⁵. Foi, portanto, emitido um passaporte irlandês a Catherine, cidadã europeia por força do art. 20.º n.º1 TFUE. Para o TJ “É pacífico que a estada na ilha da Irlanda se destinava a permitir à nascitura a aquisição da nacionalidade irlandesa e, conseqüentemente, permitir à mãe obter o direito de, eventualmente, residir com a sua filha no território do Reino Unido”⁸⁶. O órgão jurisdicional de reenvio, por sua vez, pretendia saber se um nacional de um EM, menor, a cargo de um dos progenitores, nacional de um Estado terceiro, tinha o direito de residir num outro EM, aí beneficiando de serviços de puericultura. Em caso de resposta afirmativa, o órgão jurisdicional de reenvio tencionava saber se o progenitor em questão beneficiava de um direito de residência derivado⁸⁷. O TJ rejeitou, desde logo, a tese que defendia que uma pessoa (como Catherine) não podia invocar as disposições de DUE relativas à livre circulação e residência de pessoas pelo simples facto de nunca se ter deslocado de um EM para outro⁸⁸. Em relação ao direito de residir no território dos EM, o TJ referiu que este era diretamente reconhecido a qualquer cidadão da UE, pelo que Catherine teria o direito de invocar o atual art. 21.º, n.º1 TFUE. Como o art. enuncia, devemos ter em conta as “limitações e condições previstas nos Tratados e nas disposições adotadas em sua aplicação” pelo que o TJ se refere à Diretiva 90/364⁸⁹. Deste modo, Catherine deveria dispor de um seguro de doença que cobrisse todos os riscos no EM de acolhimento bem como de recursos suficientes, de modo a não se tornar uma sobrecarga para a assistência social desse EM⁹⁰. O TJ verificou que a menor dispunha de um seguro de doença e de recursos fornecidos pela sua mãe⁹¹, pelo que, numa leitura conjugada do art. 18.º TCE (atual 21.º TFUE) e da Diretiva 90/364 (atual Diretiva 2004/38) reconheceu o direito de Catherine residir, por tempo indeterminado, no território do EM de acolhimento⁹². Quanto ao direito de residência de M. L. Chen, a progenitora não podia invocar a qualidade de ascendente a cargo de Catherine, na aceção da Diretiva⁹³, uma vez

⁸³ Dautricourt & Thomas, 2009, p. 446.

⁸⁴ Art. 6.º, n.º 1 do Irish Nationality and Citizenship Act 1956. De notar que a ilha da Irlanda, para efeitos de aquisição de nacionalidade irlandesa, abrangia tanto o território da República da Irlanda como o da Irlanda do Norte.

⁸⁵ *Ius soli, jus soli*, ou “direito do solo”.

⁸⁶ *Ac. Chen*, de 19.10.2004, proc. C-200/02, § 11.

⁸⁷ *Ibid.*, § 16.

⁸⁸ *Ibid.*, § 18. O TJ socorreu-se da jurisprudência *Garcia Avello* para afirmar que a situação de Catherine não podia ser equiparada a uma situação puramente interna. Catherine teria circulado (apenas) dentro do território do Reino Unido, mas era nacional de um EM e residia num outro EM (em Cardiff, no País de Gales).

⁸⁹ Diretiva 90/364/CEE revogada pela Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29.04.2004.

⁹⁰ *Cfr.* Atual art. 7.º, n.º 1, al. b), Diretiva 2004/38/CE.

⁹¹ *Ac. Chen*, cit., § 28. O TJ referiu também que o art. 1.º, n.º 1, da Diretiva 90/364 (atual art. 7.º, n.º 1, al. b), Diretiva 2004/38) é omissivo quanto à proveniência dos recursos. *Cfr.* País, 2010, p. 483. *Cfr.* Spaventa, 2008, p. 27.

⁹² *Ac. Chen.*, cit., § 41.

⁹³ Atual art. 2.º, n.º 2, al. d), Diretiva 2004/38/CE.

que a situação era precisamente a oposta. No entanto, “a recusa de permitir ao progenitor [...] residir com essa criança no Estado-Membro de acolhimento, privaria de qualquer efeito útil o direito de residência deste último”⁹⁴. Deste modo, e por ter Catherine à sua guarda, a progenitora podia residir no EM de acolhimento.⁹⁵

Ritter⁹⁶ concretizou a ideia de que a ligação ao DUE, no caso *Chen*, tinha sido adquirida com o propósito expresso de contornar as regras nacionais. Nesta medida, o autor afirmou ser “chocante” ver uma pessoa ser tratada menos favoravelmente do que outra apenas por a última conseguir estabelecer uma conexão, mesmo que ténue⁹⁷, e com o intuito de contornar a lei, com o direito comunitário. Tryfonidou⁹⁸, por seu turno, deixou-nos duas questões: Porque é que Catherine tinha o direito de residir no Reino Unido, apenas pela sua mãe ter tido a sorte de ser aconselhada por advogados perspicazes, que a encaminharam para dar à luz na Irlanda do Norte, enquanto uma criança nascida em qualquer outra parte do Reino Unido não gozava dos mesmos direitos de residência e de reagrupamento familiar? Para além disso, em termos de contribuição para os objetivos do DUE, o que é que Catherine oferecia “a mais” em comparação com outras crianças nascidas e a viver no Reino Unido? Na perspetiva da autora, nestes casos de discriminação inversa, estaria patente uma violação do princípio geral de igualdade⁹⁹.

2.1.1. O caso Walloon Government e a opinião da AG Sharpston

Em *Walloon Government*¹⁰⁰ os beneficiários das condições de seguro de assistência oferecidas pelo Governo flamengo tinham de residir na região flamenga (ou na região bilingue de Bruxelas) ou noutra EM e trabalhar na região flamenga. Deste modo, os cidadãos belgas residentes na região francófona e trabalhadores na região flamenga não beneficiavam das referidas condições. A questão que se colocava era se tal exclusão era compatível com as disposições do Tratado sobre livre circulação de trabalhadores, liberdade de estabelecimento e cidadania europeia¹⁰¹. Na opinião de BARNARD, tratava-se de um “exemplo clássico”¹⁰² de discriminação inversa: os que viviam na região francófona e trabalhavam na região flamenga estavam numa situação desfavorável em comparação com os que viviam num outro EM e trabalhavam na região flamenga.

AG Sharpston¹⁰³ referiu, nas conclusões apresentadas no caso em análise, que lhe parecia paradoxal que numa UE em que se tentavam abolir os obstáculos à liberdade de circulação entre EM, as autoridades descentralizadas pudessem “reintroduzir barreiras pela porta das traseiras”, criando barreiras internas nos próprios EM. A AG lançou a questão: “que União Europeia é esta se a liberdade de circulação é garantida entre

⁹⁴ Ac. *Chen*, cit., § 45.

⁹⁵ *Ibid.*, § 46.

⁹⁶ Ritter, 2006, p. 709.

⁹⁷ Cfr. Pais, 2010, p. 488.

⁹⁸ Tryfonidou, 2009, p. 28.

⁹⁹ Cfr. Tryfonidou, 2009, p. 29.

¹⁰⁰ Ac. *Walloon Government*, de 01.04.2008, proc. C-212/06.

¹⁰¹ Cfr. Dautricourt & Thomas, 2009, p. 439.

¹⁰² Cfr. Barnard, 2013, p. 237.

¹⁰³ Conclusões AG Sharpston de 28.06.2007, apresentadas no proc. C-212/06.

Dunkirk (França) e De Panne (Bélgica), mas não entre Jodoigne e Hoegaarden?”¹⁰⁴. Nesse sentido, a AG considerou que tinha chegado o momento de reconsiderar a regra das situações puramente internas¹⁰⁵.

Sharpston defendeu a aplicação analógica da solução apresentada no caso *Lancry*¹⁰⁶, alinhando, deste modo, e na medida do possível, o regime da livre circulação de pessoas com o da livre circulação de mercadorias¹⁰⁷. Invocou, de igual modo, o acórdão *Carbonati*¹⁰⁸ e apelou à redação do atual art. 45.º TFUE que, por contraposição ao art. 30.º TFUE, não se refere apenas a situações transfronteiriças. De seguida, baseou os seus argumentos no estatuto de cidadão da União: referiu que as disposições sobre cidadania desafiavam a “sustentabilidade” da doutrina relativa às situações puramente internas¹⁰⁹ e que o caso estava tão próximo de uma situação transfronteiriça clássica como de uma situação interna, pelo que se acentuava “a arbitrariedade [...] em atribuir tanta importância à passagem de uma fronteira nacional”¹¹⁰. Esclareceu que o direito de circular e permanecer livremente no território dos EM significa não só a “liberdade de circular e depois permanecer” (em que a liberdade de permanecer resulta do exercício anterior da liberdade de circular) mas também a “dupla liberdade de circular e de permanecer”, na medida em que é possível exercer a liberdade de residir ou de continuar a residir sem exercer primeiro a liberdade de circular entre EM¹¹¹. Concluiu que estávamos perante uma situação de discriminação “entendida como condenável e como algo que deve ser proibido”¹¹². Seguiu o que o AG Poiares Maduro tinha afirmado anteriormente: que um dos objetivos fundamentais da Comunidade era “evitar suscitar qualquer discriminação através da aplicação das suas próprias regras”¹¹³. Por último, e sendo aplicável o DUE, a AG acrescentou que o Estado poderia justificar a “discriminação indireta”¹¹⁴.

O TJ não estava preparado para seguir a AG¹¹⁵ pelo que afirmou que o DUE não era aplicável a situações puramente internas “daquele tipo”¹¹⁶. O TJ reiterou a sua anterior posição e reafirmou que a cidadania da UE não tinha por objetivo alargar o âmbito de aplicação material do Tratado a situações internas sem qualquer conexão com o DUE¹¹⁷.

¹⁰⁴ *Ibid.*, § 116. Tanto Jodoigne como Hoegaarden são localidades belgas.

¹⁰⁵ *Cfr.* Barnard, 2013, p. 237. *Cfr.* Lenaerts, 2011, p. 11.

¹⁰⁶ *Ac. Lancry*, de 09.08.1994, procs. C-410/93 e C-411/93, estendeu a proibição das barreiras aduaneiras às fronteiras regionais no interior de um EM.

¹⁰⁷ Pais, 2010, p. 490.

¹⁰⁸ *Ac. Carbonati*, de 09.09.2004, proc. C-72/03, § 23, que estipulou que o anterior art. 14.º, n.º 2 (atual art. 26.º, n.º 2) não procedia “a uma distinção entre fronteiras interestatais e intra-estatais”. O art. 26.º, n.º 2 TFUE estipula (apenas) que o “mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas”.

¹⁰⁹ Conclusões AG Sharpston de 28.06.2007, apresentadas no proc. C-212/06, § 140.

¹¹⁰ *Ibid.*, § 141.

¹¹¹ *Ibid.*, § 144.

¹¹² *Ibid.*, § 147.

¹¹³ Conclusões AG Poiares Maduro de 06.05.2004, apresentadas no proc. C-72/03, § 63. *Cfr.* Tryfonidou, 2009, p. 22.

¹¹⁴ Conclusões AG Sharpston de 28.06.2007, apresentadas no proc. C-212/06, § 155.

¹¹⁵ *Cfr.* Barnard, 2013, p. 238. *Cfr.* Dautricourt & Thomas, 2009, p. 440.

¹¹⁶ *Ac. Walloon Government*, cit., § 38.

¹¹⁷ *Ibid.*, § 39.

3. O caso Rottmann

Janko Rottmann¹¹⁸, cidadão austríaco¹¹⁹, transferiu a sua residência para Munique e, três anos mais tarde, em 1998, requereu a nacionalidade alemã. Como consequência da naturalização, Janko perdeu a nacionalidade originária¹²⁰. No entanto, e no decorrer do processo de naturalização, Rottmann não havia declarado que corria contra si um procedimento penal na Áustria¹²¹. Deste modo, e quando tomou conhecimento da situação, o Freistaat Bayern revogou a naturalização, fundamentando que Rottmann tinha obtido a nacionalidade alemã de modo fraudulento¹²². O cidadão não preenchia as condições para ser “reintegrado na nacionalidade austríaca”¹²³ pelo que estávamos perante “uma situação interessante”¹²⁴: um cidadão europeu que se tinha mudado do EM “de origem” para outro EM, e adquirido a nacionalidade desse EM de acolhimento, não só tinha perdido a nacionalidade originária como a nacionalidade adquirida, perdendo, conseqüentemente, o estatuto que lhe tinha permitido *a priori* movimentar-se – o estatuto de cidadão europeu. Nesse sentido, o TJ foi chamado a pronunciar-se sobre a legalidade da perda da cidadania da UE¹²⁵: o órgão jurisdicional de reenvio “perguntou” se o DUE se opunha à consequência jurídica da perda da cidadania europeia e, em caso de resposta afirmativa, pretendia saber se era o EM que pretendia revogar a naturalização que devia, à luz do DUE, abster-se dessa revogação ou se era o outro EM que era obrigado a interpretar/aplicar/adaptar o seu direito nacional de modo a que a consequência jurídica não se efetivasse¹²⁶. Por outras palavras, qual a ordem jurídica (austríaca ou alemã) que deveria evitar, à luz do direito comunitário, a consequência jurídica da apatridia.

O TJ afirmou, desde logo, que “quando uma decisão de revogação da naturalização [...] é motivada pela fraude cometida pelo interessado [...] pode ser compatível com o direito da União”¹²⁷ por se tratar de “um motivo de interesse geral”¹²⁸.

Poiães Maduro¹²⁹, nas suas conclusões, reiterou que a cidadania da União não tinha “por objetivo alargar o âmbito de aplicação material do Tratado a situações internas”¹³⁰, pelo que seria necessário o elemento transfronteiriço que “encontrou” nas “origens da situação de Rottmann”¹³¹. A cidadania da União, como “conceito jurídico e

¹¹⁸ Ac. *Rottmann*, de 02.03.2010, proc. C-135/08.

¹¹⁹ Janko tinha nascido em Graz e era cidadão da República da Áustria pelo nascimento.

¹²⁰ Tal como consagrado no § 27, n.º 1, da Lei austríaca relativa à nacionalidade (“StbG”): “Quem adquira uma nacionalidade estrangeira a seu pedido, mediante declaração ou o seu consentimento expresso, perde a nacionalidade austríaca, se não lhe tiver sido expressamente concedido o direito de [a] conservar”.

¹²¹ Rottmann era suspeito de atividades fraudulentas graves no exercício da sua profissão e tinha sido ouvido, em 1995, pelo Tribunal Penal de Graz. Em 1997, o mesmo tribunal emitiu um mandado de captura nacional. O município de Munique, por sua vez, foi informado dos factos apenas em 1999 (já depois de ter sido entregue a Rottmann o documento de naturalização).

¹²² Ac. *Rottmann*, cit., § 28.

¹²³ *Ibid.*, § 31.

¹²⁴ Kochenov, 2010, p. 1832.

¹²⁵ Cfr. Kochenov, 2011, p. 75.

¹²⁶ Ac. *Rottmann*, cit., § 35.

¹²⁷ *Ibid.*, § 50.

¹²⁸ *Ibid.*, § 51. Era legítimo que um EM quisesse proteger a particular relação de solidariedade e de lealdade entre ele próprio e os seus nacionais e a reciprocidade dos direitos e deveres, que são o fundamento da relação de nacionalidade.

¹²⁹ Conclusões AG Poiães Maduro de 30.09.2009, apresentadas no proc. C-135/08.

¹³⁰ *Ibid.*, § 9.

¹³¹ *Ibid.*, § 11. Cfr. Kochenov, 2010, p. 1832.

político autónomo”, estava condicionada, no acesso, pela nacionalidade de um EM que não podia, no entanto, limitar “injustificadamente” os direitos e deveres à cidadania da União associados¹³² e, assim sendo, as condições de aquisição e perda da nacionalidade deveriam ser compatíveis com as regras de DUE. Concluiu, no entanto, que no caso em apreço, a revogação da nacionalidade não estava ligada “ao exercício dos direitos e liberdades decorrentes do Tratado”¹³³ (em causa estaria o interesse legítimo da Alemanha em assegurar a lealdade dos seus nacionais) e entendeu que o DUE não impunha a obrigação de devolução da nacionalidade austríaca¹³⁴. Na opinião de Poiares Maduro, o direito comunitário seria “ineficaz na resolução destes problemas”¹³⁵.

Já no caso *Micheletti*¹³⁶, antes da introdução do estatuto da cidadania europeia, o TJ tinha afirmado que, nos termos do direito internacional, “a definição das condições de aquisição e de perda da nacionalidade é [...] da competência de cada Estado-membro, que deve exercê-la no respeito pelo direito comunitário”¹³⁷. Nesse sentido, Kochenov reconheceu a aplicação da jurisprudência *Micheletti*, há muito estabelecida, em *Rottmann*¹³⁸: o TJ considerou que na análise de uma decisão de revogação da naturalização deveriam ser consideradas as possíveis consequências dessa decisão para o interessado e para os membros da sua família, no que à perda dos direitos de que goza qualquer cidadão da União diz respeito. Estaríamos na presença de um teste de proporcionalidade: a perda deveria justificar-se em relação à gravidade da infração cometida, ao tempo decorrido entre a decisão de naturalização e a decisão de revogação e à possibilidade de o interessado readquirir a sua nacionalidade originária¹³⁹. No caso, o órgão jurisdicional deveria apreciar se a revogação da nacionalidade alemã era proporcional à gravidade dos atos fraudulentos cometidos por Rottmann¹⁴⁰. Na verdade, a condição de apátrida de Janko não foi alterada e o caso acabou por se tornar “conhecido” por ter limitado, pela primeira vez, a autonomia dos EM no âmbito das suas leis da nacionalidade¹⁴¹. É, agora, incontestável que os EM não têm a liberdade de conferir e retirar a nacionalidade da forma “que bem lhes apetecer”¹⁴².

No entanto, aquilo que mais importa realçar é que o TJ afirmou ser “evidente” que a situação era abrangida, “pela sua própria natureza e pelas suas consequências, pelo direito da União”¹⁴³, não fazendo qualquer referência ao elemento transfronteiriço¹⁴⁴. Como Kochenov refere, o mais “intrigante” não está na conclusão final, mas “na forma como o Tribunal construiu a sua jurisdição”¹⁴⁵, afastando-se da anterior jurisprudência.

¹³² *Ibid.*, § 23.

¹³³ *Ibid.*, § 33.

¹³⁴ *Ibid.*, § 34.

¹³⁵ *Cfr.* Kochenov, 2010, p. 1834.

¹³⁶ *Ac. Micheletti*, de 07.07.1992, proc. C-369/90.

¹³⁷ *Ibid.*, § 10. Em *Chen*, por exemplo, o tribunal afirmou que os EM não podiam recusar o reconhecimento de uma nacionalidade conferida por outro EM.

¹³⁸ Kochenov, 2011, p. 77.

¹³⁹ *Ac. Rottmann*, cit., § 56.

¹⁴⁰ *Ibid.*, § 58.

¹⁴¹ *Cfr.* Seling, 2010, p. 470.

¹⁴² *Cfr.* Kochenov, 2010, p. 1846.

¹⁴³ *Ac. Rottmann*, cit., § 42.

¹⁴⁴ *Cfr.* Kochenov, 2011, p. 75.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 78.

O autor afirma também que a recusa do TJ em seguir a sugestão do AG¹⁴⁶ torna o caso “verdadeiramente fascinante”. Entendemos que a posição do TJ, ao desconsiderar as situações transfronteiriças, teve tanto de inovadora como de animadora. Na verdade, a manutenção, por parte do tribunal, da lógica do elemento transfronteiriço teria conduzido a mais casos de discriminação inversa. Surgiriam “dois estatutos diferentes de cidadania da União”: o primeiro diria respeito às situações transfronteiriças e a UE protegeria a cidadania europeia exigindo aos EM que considerassem o DUE aquando da decisão sobre a nacionalidade dos cidadãos que tivessem circulado. O segundo estatuto corresponderia a uma cidadania da União confinada a situações puramente internas e, portanto, na alçada exclusiva dos EM¹⁴⁷.

Rottmann foi “revolucionário”¹⁴⁸. Foi um “julgamento marcante que abriu uma nova etapa na jurisprudência da cidadania da União”¹⁴⁹.

4. A trilogia

4.1. Zambrano

Em *Zambrano*¹⁵⁰, o TJ foi confrontado com uma questão deixada em aberto em *Rottmann*: se a ausência de um elemento transfronteiriço impedia a aplicação do art. 20.º TFUE quando uma medida nacional não privasse um indivíduo da sua qualidade de cidadão europeu¹⁵¹. Em *Rottmann* “estava em jogo” o estatuto da cidadania europeia bem como os direitos que lhe são associados. Por sua vez, em *Zambrano*, nem o estatuto da cidadania da UE nem a nacionalidade dos EM estavam em causa. Neste sentido, o caso em apreço “tudo tinha” para que tivesse um “maior impacto”¹⁵²: seria (unicamente) decidido sobre a legalidade ou ilegalidade de privar um cidadão europeu “do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo seu estatuto de cidadão da União”¹⁵³.

Zambrano e a sua mulher, nacionais colombianos, pediram asilo na Bélgica¹⁵⁴. As autoridades belgas, por sua vez, indeferiram o pedido e ordenaram a sua expulsão¹⁵⁵. O casal colombiano não abandonou o território belga e assistiu, entretanto, ao indeferimento de outros pedidos¹⁵⁶. Em outubro de 2001, Zambrano celebrou um contrato de trabalho por tempo indeterminado e a tempo inteiro¹⁵⁷ mas foi em Setembro de 2003 que a situação se afigurou diferente: nasceu Diego, o segundo filho do casal Ruiz Zambrano, que adquiriu nacionalidade belga¹⁵⁸. Diego era cidadão da União, nos termos do art. 20.º

¹⁴⁶ Poiães Maduro, como referido, tinha identificado o elemento transfronteiriço nas “origens da situação de *Rottmann*”, que tinha circulado e obtido a naturalização com base nessa circulação.

¹⁴⁷ *Cfr.* Kochenov, 2011, p. 79.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 80.

¹⁴⁹ Lenaerts, 2011, p. 12. *Cfr.* Craig & De Burca, 2011, p. 596.

¹⁵⁰ Ac. *Zambrano*, de 08.03.2011, proc. C-34/09.

¹⁵¹ *Cfr.* Lenaerts, 2011, p. 13.

¹⁵² Kochenov, 2011, p. 80.

¹⁵³ Ac. *Zambrano*, cit., § 42.

¹⁵⁴ Entraram em território belga munidos de um visto emitido pela Embaixada da Bélgica em Bogotá.

¹⁵⁵ A ordem de expulsão continha uma cláusula de não recondução (cláusula de *non-refoulement*) para a Colômbia, devido à situação de guerra civil em que o país se encontrava.

¹⁵⁶ Ac. *Zambrano*, cit., § 16 e § 17.

¹⁵⁷ *Ibid.*, § 18.

¹⁵⁸ Na falta de uma diligência expressa por parte dos progenitores para o reconhecimento da nacionalidade colombiana, a lei colombiana não reconhecia essa nacionalidade aos filhos nascidos fora do território da Co-

n.º 1 TFUE, e foi com base na cidadania europeia dos filhos menores que o casal colombiano passou a fundamentar o direito de residir e trabalhar em território belga¹⁵⁹ – o caso *Chen* era fundamento para o “direito de permanência derivado”¹⁶⁰. A questão acabou por chegar ao *tribunal du travail de Bruxelles* que suspendeu a instância e “questionou” o TJ. Este, por sua vez, optou por apreciar conjuntamente as questões submetidas, reduzindo-as ao seguinte: pretendia-se saber se as disposições do Tratado sobre cidadania europeia deveriam ser interpretadas no sentido de que conferiam ao ascendente, nacional de um Estado terceiro, que tinha a seu cargo menores de tenra idade, cidadãos europeus, um direito de permanência no EM de que estes eram nacionais e em que residiam¹⁶¹.

Estavam reunidas as condições para que o TJ desenvolvesse o que havia consagrado em *Rottmann*. E assim foi, embora não na amplitude desejada pela AG Sharpston¹⁶².

Em *Walloon Government*¹⁶³, tal como analisamos, a AG tinha defendido o abandono da regra das situações puramente internas e o TJ não estivera, no momento, preparado para seguir a sua posição. Em *Zambrano*, “voltou ao tema”¹⁶⁴ e emitiu uma opinião de “notável clareza e sofisticação”¹⁶⁵. A AG não acreditava que o exercício dos direitos derivados da cidadania da UE estivesse sempre “indissociável e necessariamente dependente de uma deslocação física” e afirmou existirem processos relativos à cidadania (*Garcia Avello, Chen, Rottmann*) em que o elemento de deslocação efetiva era “difícilmente identificável ou francamente inexistente”¹⁶⁶. O “direito essencial”, o “direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros”¹⁶⁷, era o mais difícil de definir: tratava-se de um direito combinado, de um direito sequencial, ou seriam dois direitos autónomos?¹⁶⁸ A AG defendeu que se tratava de um direito de residência autónomo¹⁶⁹ mas não sem primeiramente se questionar sobre o tipo de circulação necessária para que se considerasse que os menores, de tenra idade, tinham estabelecido uma ligação suficiente com o direito comunitário¹⁷⁰. Por possuírem o estatuto de cidadãos da

lômbia. Nos termos do art. 10.º, § 1, do Código da Nacionalidade belga, na versão em vigor à data dos factos em *Zambrano*: “É belga o filho nascido na Bélgica e que, em qualquer momento antes de atingir 18 anos de idade ou da emancipação anterior a essa idade, seria apátrida se não tivesse essa nacionalidade”.

¹⁵⁹ Ac. *Zambrano*, cit., § 21. Jessica nasceu em Agosto de 2005 e, tal como o irmão Diego, adquiriu a nacionalidade belga. Cfr. Carlier, 2013, p. 6.

¹⁶⁰ *Ibid.*, § 34.

¹⁶¹ *Ibid.*, § 36.

¹⁶² Conclusões AG Sharpston de 30.09.2010, apresentadas no proc. C-34/09.

¹⁶³ Ac. *Walloon Government*, de 01.04.2008, proc. C-212/06.

¹⁶⁴ Cfr. Barnard, 2013, p. 238.

¹⁶⁵ Kochenov, 2011, p. 82.

¹⁶⁶ Conclusões AG Sharpston de 30.09.2010, apresentadas no proc. C-34/09, § 77.

¹⁶⁷ Art. 21.º, n.º 1 TFUE.

¹⁶⁸ Conclusões AG Sharpston de 30.09.2010, apresentadas no proc. C-34/09, § 80. Direito combinado como um direito de “circular-e-permanecer”. Direito sequencial como um “direito de circular e, tendo circulado nalgum momento do passado, de permanecer”. Direitos autónomos como um “direito de circular” e um “direito de permanecer”.

¹⁶⁹ Conclusões AG Sharpston de 30.09.2010, apresentadas no proc. C-34/09, § 101.

¹⁷⁰ *Ibid.*, § 86. A AG questiona se seria suficiente, por exemplo, a visita ao Parque Astérix (Paris, França). Questiona se bastaria uma visita ou se seriam necessárias duas ou mais. Questiona se uma viagem de um dia seria bastante ou se teriam que permanecer uma ou duas noites em território francês. Sharpston afirmou que o exercício dos direitos dos cidadãos da UE parecia reger-se pela sorte, e não pela lógica.

União, o direito de residência era reconhecido a Diego e a Jessica. Sucede que, a recusa em reconhecer ao casal Zambrano um direito de residência derivado poderia constituir “uma ingerência” no direito dos menores, uma vez que estes não o conseguiam exercer sem o apoio dos pais¹⁷¹. Os progenitores foram obrigados a deixar a Bélgica e, se o direito de residência derivado não lhes fosse reconhecido, as crianças, muito provavelmente, teriam que os acompanhar aquando da sua partida – os menores ficariam numa “situação suscetível de implicar a perda do estatuto conferido [pela sua cidadania da União] e dos direitos correspondentes”. Neste sentido, AG Sharpston transcreveu *Rottmann* e afirmou que a situação das crianças era “abrangida, pela sua própria natureza e pelas suas consequências, pelo direito da União”¹⁷².

A AG referiu-se a uma segunda questão¹⁷³: podia o art. 18.º TFUE ser invocado para resolver uma situação de discriminação inversa gerada pela interação do DUE com o direito nacional? Analisou três acórdãos (*Carpenter*, *Chen*, *Metock*)¹⁷⁴ com o intuito de demonstrar que a “abordagem tradicional” gerava resultados “curiosamente aleatórios”¹⁷⁵. Existiam “desvantagens significativas” na linha jurisprudencial do TJ e tinha chegado o momento de o convidar a “tratar abertamente da questão da discriminação inversa”¹⁷⁶. A insegurança gerada pela jurisprudência não era desejável e era necessário, desde logo, evitar a tentação de “esticar” o art. 21.º TFUE para alargar a proteção àqueles que “por pouco” não preenchiam os requisitos para dela beneficiar¹⁷⁷. A AG sugeriu ao TJ que o art. 18.º TFUE fosse interpretado no sentido de proibir a discriminação inversa “causada pela interação entre o artigo 21.º TFUE e o direito nacional que implica a violação de um direito fundamental protegido pelo direito da União Europeia, quando não estiver prevista uma proteção pelo menos equivalente no direito nacional”¹⁷⁸. Para aplicação da solução proposta por Sharpston teriam que se preencher cumulativamente os três requisitos: o demandante deveria ser um cidadão europeu estático mas cuja situação fosse comparável à de outros cidadãos europeus no mesmo EM “que pudessem invocar os direitos decorrentes do artigo 21.º TFUE”; a discriminação inversa contestada deveria implicar a violação de um direito fundamental protegido pelo DUE¹⁷⁹; o art.18.º TFUE seria aplicado a título subsidiário, ou seja, quando o direito nacional não proporcionasse uma proteção adequada dos direitos fundamentais. A verificação da proteção pelo menos

¹⁷¹ Conclusões AG Sharpston de 30.09.2010, apresentadas no proc. C-34/09, § 102.

¹⁷² *Ibid.*, § 95.

¹⁷³ Esta questão tornar-se-ia “redundante”, como a própria AG adjetiva, se o TJUE aceitasse o raciocínio proposto (e acima exposto) quanto à primeira questão. Se o TJ não aceitasse esse raciocínio (a não exigência de um elemento transfronteiriço), seria necessário considerar se o art. 18.º TFUE podia ser invocado na resolução da discriminação inversa.

¹⁷⁴ *Ac. Carpenter*, de 11.07.2002, proc. C-60/00. *Ac. Chen*, de 19.10.2004, proc. C-200/02. *Ac. Metock*, de 25.07.2008, proc. C-127/08.

¹⁷⁵ Conclusões AG Sharpston de 30.09.2010, apresentadas no proc. C-34/09, § 135.

¹⁷⁶ *Ibid.*, § 139.

¹⁷⁷ *Ibid.*, § 143.

¹⁷⁸ *Ibid.*, § 144.

¹⁷⁹ A AG concluiu que nem todos os casos “menores” de discriminação inversa seriam abrangidos pelo âmbito de aplicação do art. 18.º TFUE. Deste modo, quando a discriminação inversa tivesse como resultado a violação de um direito protegido pelo Tribunal de Estrasburgo, seria, de igual forma, considerada uma violação de um direito protegido pelo TJ. Sharpston argumentou que, deste modo, o TJ estaria a antecipar as exigências que adviriam da “planeada” adesão da UE à CEDH.

equivalente à prevista no DUE, assim como a aplicação dos outros dois critérios, seria da competência dos órgãos jurisdicionais nacionais¹⁸⁰.

O TJ, por sua vez, não mencionou o art. 18.º TFUE, “presumivelmente para evitar a abertura de uma caixa de pandora”¹⁸¹, optando por uma abordagem diferente, sustentada no art. 20.º TFUE¹⁸². A decisão do TJ foi “distintamente mais modesta”¹⁸³, o que não quer dizer que não tenha representado um “passo em frente”¹⁸⁴.

O tribunal chegou à conclusão que “o artigo 20.º TFUE obsta a medidas nacionais que tenham o efeito de privar os cidadãos do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo seu estatuto de cidadão da União”¹⁸⁵ e entendeu que a recusa de permanência a um cidadão, nacional de um Estado terceiro, no EM em que residem os seus filhos (menores, de tenra idade, e a seu cargo), nacionais desse EM, bem como a recusa em lhe atribuir uma autorização de trabalho, tinham esse efeito. O TJ entendeu que essa recusa de permanência teria a consequência de os menores, cidadãos europeus, se verem forçados a abandonar o território da UE, de modo a acompanharem os pais. Entendeu, de igual modo, que a recusa na atribuição de uma autorização de trabalho representaria o risco do progenitor não dispor dos recursos necessários para o seu próprio sustento e para o da sua família, o que se traduziria na mesma consequência: o abandono do território europeu por parte dos cidadãos da União¹⁸⁶.

Em suma, cumpre destacar que o TJ interpretou, pela primeira vez, o art. 20.º TFUE como “uma fonte autónoma de direitos para os cidadãos europeus”¹⁸⁷ (mesmo na ausência do elemento transfronteiriço) e, conseqüentemente, o âmbito de aplicação do DUE foi alargado por esta “nova linha” jurisprudencial¹⁸⁸.

No entanto, o TJ recuou significativamente¹⁸⁹ e rapidamente surgiu a ideia de que “os direitos de *Zambrano*” eram aplicáveis em “circunstâncias excecionais”¹⁹⁰.

4.2. McCarthy

Em *McCarthy*, o TJ teve, pela primeira vez, a oportunidade de aplicar a nova abordagem jurisprudencial introduzida em *Rottmann* e *Zambrano*. O TJ podia, e devia, clarificar algumas questões deixadas em aberto em *Zambrano*, nomeadamente a interação entre os arts. 20.º e 21.º TFUE e a interpretação da expressão “medidas nacionais que tenham o efeito de privar”, ajudando a descobrir qual o âmbito do estatuto da cidadania

¹⁸⁰ Conclusões AG Sharpston de 30.09.2010, apresentadas no proc. C-34/09, § 145 a § 149.

¹⁸¹ Wiesbrock, 2011, p. 2090. A aplicação do art. 18.º representaria “ir muito mais longe” uma vez que o art. 18.º TFUE não se limita (apenas) aos direitos de circulação e de residência. Para além disso, seria discutível que a proibição da discriminação inversa pelo art. 18.º TFUE fosse desejável à luz da divisão de competências entre a UE e os EM.

¹⁸² Barnard, 2013, p. 239.

¹⁸³ Shuibhne, 2012, p. 351.

¹⁸⁴ Cfr. Carlier, 2013, p. 6.

¹⁸⁵ Ac. *Zambrano*, cit., § 42.

¹⁸⁶ *Ibid.*, § 43 a § 45.

¹⁸⁷ Van Eijken & de Vries, 2011, p. 706.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 713.

¹⁸⁹ Cfr. Craig & De Burca, 2015, p. 868.

¹⁹⁰ Shuibhne, 2015, p. 901.

européia¹⁹¹. Sucede que, o TJ afirmou “explicitamente”¹⁹² que a regra das situações puramente internas não tinha sido revogada em *Zambrano*.

McCarthy¹⁹³, nacional do Reino Unido¹⁹⁴, casou com G. McCarthy, cidadão jamaicano que não era titular de um direito de residência no Reino Unido. Após o casamento, S. McCarthy solicitou, pela primeira vez, o passaporte irlandês com o intuito de requerer o visto de residência para o marido, nos termos do direito comunitário, na qualidade de cônjuge de uma cidadã migrante¹⁹⁵.

O âmbito das questões articuladas pelo órgão jurisdicional de reenvio¹⁹⁶ foi alargado pelo TJ¹⁹⁷ que entendeu pretender-se saber se o art. 3.º n.º1 da Diretiva 2004/38 ou o art. 21.º TFUE eram aplicáveis “à situação de um cidadão da União que nunca fez uso do seu direito de livre circulação, que sempre residiu num Estado-Membro do qual possui a nacionalidade e que, além disso, possui a nacionalidade de outro Estado-Membro”¹⁹⁸. O TJ concluiu que, por nunca ter feito uso do direito de livre circulação e por ter sempre residido no EM de que é nacional, McCarthy não estava abrangida pelo conceito de “titular” na aceção do art. 3.º n.º1 da Diretiva, pelo que esta não lhe seria aplicável¹⁹⁹. O facto de possuir a nacionalidade de outro EM que não aquele onde residia, em nada alterava a situação de inaplicabilidade da Diretiva uma vez que possuir a nacionalidade de mais do que um EM não era sinónimo de ter feito uso do direito de livre circulação²⁰⁰. Aquando da análise da eventual aplicabilidade do art. 21.º TFUE, o TJ referiu *Zambrano*, recordando que o art. 20.º TFUE se opunha a medidas nacionais que tivessem por efeito privar os cidadãos do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo estatuto da cidadania europeia²⁰¹ mas rematou que, no caso, a medida nacional não tinha esse efeito nem o de dificultar o exercício dos direitos do art. 21.º TFUE. Contrariamente ao que sucedia em *Zambrano*, a medida nacional em *McCarthy* não tinha como consequência o abandono do território da União, por parte de um cidadão europeu²⁰². O TJ concluiu, deste modo, que a situação de McCarthy não apresentava “nenhuma conexão

¹⁹¹ Cfr. Lenaerts, 2011, p. 15. Cfr. Kochenov, 2011, p. 86.

¹⁹² Barnard, 2013, p. 239.

¹⁹³ Ac. *McCarthy*, de 05.05.2011, proc. C-434/09.

¹⁹⁴ S. McCarthy possuía, igualmente, a nacionalidade irlandesa. Nas palavras de KOCHENOV, tratava-se de uma “nacionalidade dormente” uma vez que tinha nascido e sempre residido no Reino Unido. Recebia prestações sociais e nunca alegou ser trabalhadora (assalariada ou não assalariada) ou pessoa capaz de prover às suas necessidades. O TJ não menciona a existência de 3 crianças na família, uma delas com deficiência. Deste modo, o tribunal não estabelece qualquer conexão entre os benefícios sociais e a incapacidade de um dos filhos, que necessitava de cuidados constantes. Cfr. Kochenov, 2011, p. 87. Cfr. Kochenov, 2013, p. 511.

¹⁹⁵ Ac. *McCarthy*, cit., § 17. Pretendiam um direito de residência ao abrigo da Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29.04.2004.

¹⁹⁶ A questão acabou por chegar ao *Supreme Court of the United Kingdom* que suspendeu a instância e submeteu ao TJ duas questões prejudiciais, ambas relacionadas com a Diretiva 2004/38.

¹⁹⁷ O TJ pode fornecer todos os elementos de interpretação do DUE que possam ser úteis para a decisão do processo, quer o órgão jurisdicional de reenvio lhes tenha ou não feito referência no enunciado das suas questões. Cfr. Ac. *AUER*, de 08.11.2007, proc. C-251/06, § 38.

¹⁹⁸ Ac. *McCarthy*, cit., § 26.

¹⁹⁹ *Ibid.*, § 39. O seu cônjuge também não estava abrangido pelo conceito uma vez que os direitos conferidos pela Diretiva aos membros da família de um titular não são direitos próprios dos referidos membros. Tratam-se de direitos derivados, adquiridos na qualidade de membros da família do titular.

²⁰⁰ Ac. *McCarthy*, cit., § 40 e § 41.

²⁰¹ *Ibid.*, § 47. O TJ reconheceu, deste modo, o critério do gozo efetivo.

²⁰² *Ibid.*, § 49 e § 50.

com uma das situações contempladas pelo direito da União”, no caso, todos os “elementos pertinentes” estariam circunscritos ao interior de um único EM²⁰³. Em suma, o art. 21.º TFUE não seria aplicável a um cidadão europeu “que nunca tenha feito uso do seu direito de livre circulação, que sempre tenha residido num Estado-Membro do qual possua a nacionalidade e que possua, além disso, a nacionalidade de outro Estado-Membro” desde que as circunstâncias não comportem a aplicação de medidas de um Estado-Membro que “tenham por efeito privá-lo do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da União ou dificultar o exercício do seu direito de circular e de residir livremente no território dos Estados-Membros”²⁰⁴. Deste modo, o TJ “lavou as suas mãos” em relação à questão²⁰⁵.

A conclusão alcançada pelo TJ é merecedora de críticas. Concordamos com KOCHENOV²⁰⁶, que realça, desde logo, que o tribunal, ao considerar que o direito primário da UE não era aplicável em *McCarthy*, não conseguiu, de “forma convincente”, distinguir a situação em apreço da situação em *Zambrano*. Como analisamos, o TJ argumentou que, contrariamente ao que sucedia em *Zambrano*, a medida nacional não tinha como efeito o abandono do território da UE por parte de Shirley²⁰⁷. O TJ alegara que, ao abrigo do DI, os EM não podiam expulsar um nacional ou recusar-lhe residência²⁰⁸. Nesse sentido, o autor, oportunamente, lançou a questão: porque é que era necessária a cidadania da União, em *Zambrano*, para garantir que os menores, Diego e Jessica, não “acabavam” expulsos da Bélgica e da UE²⁰⁹? De forma desapontante²¹⁰, o TJ não refere nenhuma situação, à exceção da expulsão do território, suscetível de configurar “a privação dos cidadãos da UE do conteúdo dos seus direitos”.

Positivamente, Kochenov²¹¹ destaca a importância da noção de “território da União Europeia”: o TJ confirmou que o direito de um cidadão da União a residir no território da UE inclui o direito de residir no seu próprio EM. No entanto, o direito dos cidadãos europeus à vida/reunião familiar parece ser “afastado” pelo TJ, que não tratou “o direito a ser acompanhado pelos seus entes queridos” como um direito fundamental da cidadania da União. Em *McCarthy*, o TJ parece interpretar o direito a não ser obrigado a abandonar o território da UE como o único direito fundamental da cidadania europeia, desconsiderando, por completo, o contexto social da cidadania da União e a CDFUE como direito primário da UE.

²⁰³ *Ibid.*, § 55.

²⁰⁴ *Ibid.*, § 56.

²⁰⁵ Kochenov & Plender, 2012, p. 389.

²⁰⁶ Kochenov, 2011, p. 88.

²⁰⁷ *Cfr. Ac. McCarthy*, cit., § 50.

²⁰⁸ Por possuir a nacionalidade do Reino Unido, Shirley gozava, por força de um princípio de direito internacional (art. 3.º do Protocolo n.º 4 à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais), de um direito de residência incondicional no Reino Unido.

²⁰⁹ Kochenov, 2011, p. 90.

²¹⁰ Aquando da referência ao “critério do gozo efetivo” em *Zambrano*, o TJ não se estaria a referir exclusivamente ao direito a não ser expulso do território da UE. Em *McCarthy*, era expectável uma clarificação do que representaria, afinal, esse critério, mas o mesmo não sucedeu.

²¹¹ Kochenov, 2011, p. 90.

LENAERTS²¹², por sua vez, entendeu *McCarthy* como um “desenvolvimento positivo”: o TJ corria o risco de ceder excessivamente na exigência de um elemento de conexão ao DUE. O TJ esclareceu não ter abandonado a regra das situações puramente internas, apenas teria modificado a regra, restringindo o âmbito de aplicação de *Zambrano*²¹³. Nesse sentido, alguma doutrina chegou mesmo a afirmar que, à luz de *McCarthy*, a jurisprudência *Zambrano* apenas se aplicaria quando crianças, cidadãs da UE, ficassem privadas de residir em território europeu – o TJ tinha optado por não estender a proteção aos nacionais de Estados terceiros cônjuges de cidadãos da União²¹⁴.

Concordamos com WIESBROCK que considera que *McCarthy* deixou os cidadãos europeus numa “situação insatisfatória” onde é difícil reconhecerem os seus “direitos essenciais” enquanto cidadãos da União²¹⁵. *McCarthy* respondeu a algumas questões, mas levantou muitas outras²¹⁶. A questão chave permanece: qual a substância da cidadania da União e o que significa ser privado do seu gozo²¹⁷?

4.2.1. A opinião da AG Kokott por contraposição à opinião da AG Sharpston

As opiniões emitidas pela AG Sharpston²¹⁸ em *Zambrano* e pela AG Kokott²¹⁹ em *McCarthy* são notavelmente diferentes. Ao contrário do que defendeu Sharpston, numa posição já aqui explanada, Kokott reafirmou que a cidadania da UE só se aplicava num contexto transfronteiriço²²⁰. Afirmou não ser da opinião de que os cidadãos europeus pudessem invocar “um direito de permanência nos termos do artigo 21.º, n.º1, TFUE perante o Estado-Membro da sua nacionalidade na ausência – como no caso de S. McCarthy – de todo e qualquer elemento transfronteiriço”²²¹. O facto de, no caso, Shirley possuir a nacionalidade de dois EM da UE poderia ter alterado a sua conclusão²²² mas Kokott acabou por rematar que o objetivo do direito de residência era facilitar a livre circulação dos cidadãos da UE no território dos EM e que, desse ponto de vista do direito de residência, McCarthy estava exatamente na mesma situação de todos os cidadãos britânicos que nunca tinham saído do país de origem²²³. A AG identificou o problema da discriminação inversa²²⁴, no entanto, apoiou-se na “jurisprudência assente” para reiterar que “a eventual diferença de tratamento de cidadãos da União [...] não é abrangida

²¹² Lenaerts, 2011, p. 18.

²¹³ Cfr. Wiesbrock, 2011, p. 2086.

²¹⁴ Cfr. Van Eijken & de Vries, 2011, p. 720.

²¹⁵ Wiesbrock, 2011, p. 861.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 872.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 868.

²¹⁸ Conclusões AG Sharpston de 30.09.2010, apresentadas no proc. C-34/09.

²¹⁹ Conclusões AG Kokott de 25.11.2010, apresentadas no proc. C-434/09.

²²⁰ Cfr. Van Elsuwege & Kochenov, 2011, p. 448.

²²¹ Conclusões AG Kokott de 25.11.2010, apresentadas no proc. C-434/09, § 31. Cfr. Wiesbrock, 2011, p. 864.

²²² Cfr. Shuibhne, 2012, p. 355.

²²³ *Ibid.*, § 37. A AG referiu que a mera circunstância de Shirley possuir nacionalidade irlandesa, além da britânica, não obrigava a que as disposições da UE relativas ao direito de entrada e residência lhe fossem aplicadas (bem como aos membros da sua família).

²²⁴ A AG refere-se à discriminação inversa como “discriminação dos nacionais”.

pelo âmbito de aplicação do direito da União”²²⁵. Kokott acrescentou que não seria de excluir que o TJUE reconsiderasse, em determinada altura, a sua própria jurisprudência e deduzisse da cidadania europeia uma proibição da “discriminação dos nacionais”, no entanto, *McCarthy* não fornecia o contexto adequado para “dar esse passo”²²⁶. A AG finalizou as suas observações com uma pequena referência à CEDH²²⁷. Na verdade, o Reino Unido poderia, por essa via, ser forçado a atribuir um direito de residência a G. McCarthy. Ainda assim, na opinião da AG, não se trataria de uma questão de DUE²²⁸. A esse propósito, WIESBROCK²²⁹ questionou a existência de uma separação clara entre o DUE e os direitos humanos.

Em suma, podemos concluir que as decisões do TJ em *Zambrano* e em *McCarthy*, tal como analisámos, refletem, de certo modo, as perspetivas divergentes das Advogadas-Gerais²³⁰.

4.3. Dereci

Tal como referimos, *McCarthy* deixou os cidadãos europeus numa “situação insatisfatória”²³¹. Apesar da alteração da regra das situações puramente internas, parecia, na opinião de Wiesbrock, que o TJ decidia consoante “detalhes específicos”²³², criando uma situação de grande incerteza²³³. Na opinião da autora, a abordagem casuística estava até em contradição com a tarefa do TJ²³⁴.

A jurisprudência seguinte assumiria enorme importância na clarificação da abordagem do TJ e destacamos, proferido no mesmo ano, o acórdão *Dereci*²³⁵. Como MENOZZI adiantou nas suas conclusões: era necessário perceber melhor o alcance de *Zambrano*²³⁶.

O processo principal opunha Murat Dereci, V. Heiml, A. Kokollari, I. E. Maduik, e D. Stevic ao *Bundesministerium für Inneres* (Ministério do Interior). Os recorrentes eram nacionais de Estados terceiros que pretendiam viver com os membros das suas famílias, residentes na Áustria e nacionais austríacos (por consequência, cidadãos europeus). O TJUE destacou, desde logo, que os cidadãos da União nunca tinham exercido o respetivo direito de livre circulação e não dependiam dos recorrentes nos processos principais para a sua subsistência²³⁷. Dereci, por sua vez, era um nacional turco que tinha

²²⁵ Conclusões AG Kokott de 25.11.2010, apresentadas no proc. C-434/09, § 40.

²²⁶ *Ibid.*, § 42 e § 43. *Cfr.* Carlier, 2013, p. 7.

²²⁷ Art. 8.º n.º 1 CEDH: “Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”. De notar que a letra do art. 7.º CDFUE é muito similar.

²²⁸ *Ibid.*, § 60. Seria uma questão relativa ao vínculo do Reino Unido à CEDH. A apreciação da questão competiria aos órgãos jurisdicionais nacionais e, eventualmente, ao TEDH.

²²⁹ *Cfr.* Wiesbrock, 2011, p. 869.

²³⁰ *Cfr.* Van Elsuwege & Kochenov, 2011, p. 450.

²³¹ Wiesbrock, 2011, p. 861.

²³² *Ibid.*, p. 873.

²³³ Como referimos, era muito complicado para os cidadãos da União reconhecerem quais os seus “direitos essenciais” enquanto possuidores desse estatuto fundamental.

²³⁴ Nos processos prejudiciais, o TJ deveria fornecer uma interpretação geral do DUE, com um objetivo de harmonização.

²³⁵ Ac. *Dereci*, de 15.11.2011, proc. C-256/11.

²³⁶ Conclusões AG Mengozzi de 29.09.2011, apresentadas no proc. C-256/11, § 17.

²³⁷ Ac. *Dereci*, cit., § 22.

entrado ilegalmente na Áustria e tinha casado com uma nacional austríaca. Tinham 3 filhos (que à data dos factos eram menores), austríacos de nacionalidade. Dereci viu o seu pedido de residência na Áustria ser indeferido e, para além disso, recebeu uma ordem de expulsão do território austríaco. O Ministério do Interior recusava a aplicação de um regime análogo ao da Diretiva 2004/38 porque os cidadãos da União em causa nunca tinham exercido o direito de livre circulação. Esta “autoridade”, recusava também a concessão de um direito de residência ao abrigo do art. 8.º CEDH²³⁸. Importava responder à questão: a recusa em conceder um direito de residência aos recorrentes é suscetível de privar os cidadãos da União do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da União?²³⁹ A situação distinguia-se, desde logo, da situação em *Zambrano*: os cidadãos da União não corriam o risco de “se ver privados de meios de subsistência”²⁴⁰.

Como refere Carlier²⁴¹, o TJ sintetizou as situações que lhe haviam sido expostas e extraiu 3 hipóteses: tendo existido ou existindo uso do direito de livre circulação pelos cidadãos europeus, Murat poderia beneficiar da proteção do DUE. Não existindo esse exercício da liberdade de circulação, poderia existir um outro fator de conexão com o DUE²⁴². Na ausência de movimento e de “fator de conexão”, as medidas nacionais poderiam ter por efeito a privação do essencial dos direitos conferidos pela cidadania da UE²⁴³. *Dereci* enquadrar-se-ia, eventualmente, nesta terceira hipótese.

O TJ referiu-se, primeiramente, à inaplicabilidade das Diretivas²⁴⁴ e posteriormente analisou a aplicabilidade das disposições do Tratado relativas à cidadania da União²⁴⁵. O TJ relembrou, novamente, *Zambrano* e concluiu que o critério que permitia aferir da privação do essencial dos direitos conferidos pela cidadania europeia seria a “circunstância de o cidadão da União ser obrigado, na prática, a abandonar não apenas o território do Estado-Membro de que é nacional, mas também a totalidade do território da União”²⁴⁶. O TJ concluiu que não bastava “o simples facto de a um nacional de um Estado-Membro poder parecer desejável [...] que membros da sua família que não têm a nacionalidade de um Estado-Membro possam residir com ele no território da União” para que se considerasse que esse cidadão era obrigado a abandonar o território da União se tal direito não fosse concedido²⁴⁷.

²³⁸ *Ibid.*, § 29.

²³⁹ A questão nuclear seria interpretar o critério do gozo efetivo de *Zambrano*. *Cfr.* Adam & Van Elsuwege, 2012, p. 178. *Cfr.* Shuibhne, 2012, p. 359.

²⁴⁰ *Ac. Dereci*, cit., § 32.

²⁴¹ *Cfr.* Carlier, 2013, p. 7.

²⁴² Carlier refere que poderia ser o caso dos cidadãos estáticos que tivessem nacionalidade de outro EM (como sucedeu em *Garcia Avello*, embora o seu âmbito de aplicação parece ser limitado por *McCarthy* onde o TJUE considerou a dupla nacionalidade um fator de ligação insuficiente) ou a prestação de serviços à distância para outro EM (como sucede em *Carpenter*).

²⁴³ *Cfr.* Carlier, 2013, p. 8.

²⁴⁴ “As Diretivas 2003/86 e 2004/38 não são aplicáveis a nacionais de Estados terceiros que requerem um direito de residência para se juntarem a cidadãos da União membros da sua família que nunca exerceram o seu direito de livre circulação e que sempre residiram no Estado-Membro de que são nacionais”.

²⁴⁵ Adam & Van Elsuwege, 2012, p. 179.

²⁴⁶ *Ac. Dereci*, cit., § 66.

²⁴⁷ *Ibid.*, § 68.

Por último, o Tribunal referiu-se à CDFUE²⁴⁸ depreendendo que se o órgão jurisdicional de reenvio considerasse a situação abrangida pelo DUE deveria analisar se a recusa de concessão de um direito de residência aos recorrentes ofendia o direito ao respeito pela vida privada e familiar previsto no art. 7.º da Carta. Se considerasse que a situação estava fora do âmbito de aplicação do DUE, o órgão jurisdicional nacional deveria realizar a sua ponderação à luz do art. 8.º n.º 1 CEDH²⁴⁹. Em síntese, verificar se a referida recusa comportava, para o cidadão europeu, “a privação do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da União” estaria no domínio do órgão jurisdicional de reenvio.

Mengozzi tinha já criticado esta posição do TJ. Segundo o AG, tratava-se de uma “aplicação pura e simples”²⁵⁰ dos critérios adotados em *Zambrano* e *McCarthy* e, assim sendo, “o essencial dos direitos associados ao estatuto de cidadão da União” não incluía o direito ao respeito da vida familiar consagrado no art. 7.º CDFUE e no art. 8.º, n.º 1 CEDH. O direito ao respeito da vida familiar era, por si só, insuficiente para trazer para o âmbito de aplicação do DUE “a situação de um cidadão que não exerceu o seu direito de livre circulação”²⁵¹. O AG sustentou que a referida “aplicação pura e simples” acarretava certos paradoxos²⁵²: se a esposa de Murat estivesse impossibilitada de trabalhar e não sustentasse os menores, a recusa de um título de residência a M. Dereci e a sua expulsão do território austríaco obrigariam toda a família a abandonar o território da UE, existindo, deste modo, privação do gozo efetivo²⁵³. Concordamos com Carlier: a situação exprime outro tipo de discriminação inversa – invertida de acordo com a riqueza da pessoa²⁵⁴.

A interpretação do AG acerca da dependência foi “generosa”²⁵⁵. O cidadão europeu poderia estar exposto “ao risco de [...] ser obrigado a abandonar o território da União”²⁵⁶ por questões de dependência económica, jurídica, administrativa e afetiva.

No entanto, o TJ tomou uma posição muito limitada. Seria a dependência económica o fator preponderante para que toda a família Dereci acompanhasse o pai, Murat

²⁴⁸ O TJ recordou o art. 51.º n.º 1: “As disposições da presente Carta têm por destinatários as instituições, órgãos e organismos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União...”. Também o art. 52.º n.º 2 CDFUE refere: “A presente Carta não torna o âmbito de aplicação do direito da União extensivo a competências que não sejam as da União, não cria quaisquer novas atribuições ou competências para a União, nem modifica as atribuições e competências definidas pelos Tratados”.

²⁴⁹ Ac. *Dereci*, cit., § 72. O Tribunal recordou que todos os EM eram partes na CEDH que consagra, como referimos, no art. 8.º, o direito ao respeito da vida privada e familiar. Cfr. Adam & Van Elsuwege, 2012, p. 179. Cfr. Carlier, 2013, p. 8.

²⁵⁰ Conclusões AG Mengozzi de 29.09.2011, apresentadas no proc. C-256/11, § 37.

²⁵¹ *Ibid.*, § 38.

²⁵² *Ibid.*, § 43.

²⁵³ *Ibid.*, § 47.

²⁵⁴ Carlier, 2013, p. 8. Discriminação inversa de acordo com a riqueza de cada pessoa porque enquanto o cidadão migrante deve, em princípio, dispor de meios de subsistência suficientes para permanecer no território de outro EM, o cidadão estático/sedentário, a fim de conseguir agrupar-se com os seus familiares, nacionais de Estados terceiros, não deve possuir recursos. Para beneficiarem do direito ao reagrupamento familiar, o DUE incentiva os cidadãos europeus a circular – possibilitando o contorno dos requisitos (frequentemente) mais restritivos da legislação nacional. Sucede que, esta situação em que circular se torna “uma obrigação” gera, inevitavelmente, situações de abuso. Cfr. Adam & Van Elsuwege, 2012, pp. 182 e 183.

²⁵⁵ Shuibhne, 2012, p. 361.

²⁵⁶ Conclusões AG Mengozzi de 29.09.2011, apresentadas no proc. C-256/11, § 48.

Dereci, na saída do território da UE? Acreditamos que a “manutenção financeira” pode ser viabilizada a partir do exterior, o mesmo não sucede com o “contacto pessoal”/o acompanhamento do dia-a-dia das crianças²⁵⁷. Em *Dereci* o TJ considerou que não se deveria atender ao “encargo afetivo”²⁵⁸ e que a dependência dos cidadãos estáticos do cidadão nacional de um Estado terceiro deveria ser “restritivamente interpretada”²⁵⁹. Neste aspeto, concordamos com o AG: não faz sentido que para conseguir uma vida familiar no território da UE, os cidadãos europeus em causa estejam “obrigados a exercer uma das liberdades de circulação previstas pelo TFUE”²⁶⁰.

Dereci e *McCarthy* indicaram que “as mudanças revolucionárias” de *Rottmann* e *Zambrano* eram mais limitadas “do que alguns poderiam ter pensado inicialmente”²⁶¹. No passado o TJ estava claramente do lado dos cidadãos (em *Carpenter* ou *Chen*, por exemplo) mas *McCarthy* e *Dereci* “apontam na direção oposta, enviando um sinal profundamente perturbador”²⁶².

Ainda assim, ao contrário do que sucedera em *Zambrano*, em *Dereci* o TJ debruçou-se, tal como vimos, sobre a temática dos direitos humanos. Nesse sentido, Barnard aludiu à importância dos direitos fundamentais como elemento central no processo de integração económica, jurídica e social, destinado a proporcionar paz e prosperidade a todos os seus cidadãos da União²⁶³.

5. O pós-trilogia

No caso *Ymeraga*²⁶⁴, Kreshnik pretendia que os seus pais e os seus dois irmãos, todos originários do Kosovo, residissem consigo no Luxemburgo. Deste modo, o órgão jurisdicional de reenvio tencionou apurar se o art. 20.º TFUE se opunha a que esse EM recusasse aos familiares de Kreshnik Ymeraga a residência no seu território, sendo Kreshnik um cidadão europeu residente nesse EM, do qual possuía nacionalidade, nunca tendo exercido o seu direito de livre circulação²⁶⁵. Analisando a questão do ponto de vista do art. 20.º TFUE²⁶⁶, o TJ recordou *Dereci* para afirmar que não bastava o facto de parecer desejável a Kreshnik que os seus familiares pudessem consigo residir no território da UE para se considerar que, se tal direito não fosse concedido, este seria obrigado a abandonar o território da União²⁶⁷. O TJ socorreu-se, novamente, do art. 51.º CDFUE para concluir que a conformidade da decisão com os direitos fundamentais não poderia ser analisada à luz da Carta, o que não prejudicaria um eventual exame à luz da CEDH²⁶⁸.

²⁵⁷ Cfr. Van der Mei, Van den Boogaert & De Groot, 2011, p. 195.

²⁵⁸ Cfr. Adam & Van Elsuwege, 2012, p. 182.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 181.

²⁶⁰ Conclusões AG Mengozzi de 29.09.2011, apresentadas no proc. C-256/11, § 44.

²⁶¹ Adam & Van Elsuwege, 2012, p. 189.

²⁶² Kochenov & Plender, 2012, p. 394.

²⁶³ Cfr. Barnard, 2013, p. 240.

²⁶⁴ Ac. *Ymeraga*, de 08.05.2013, proc. C-87/12.

²⁶⁵ *Ibid.*, § 23.

²⁶⁶ *Ibid.*, § 33. O TJUE excluiu, desde logo, a aplicabilidade das Diretivas 2003/86 e 2004/38.

²⁶⁷ *Ibid.*, § 38. A vontade de Kreshnik em reagrupar-se familiarmente seria o único elemento que justificaria a atribuição do direito de residência aos seus familiares. O TJ julgou ser insuficiente para considerar que a recusa de tal direito de residência poderia ter por efeito privar o cidadão europeu do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da União.

²⁶⁸ *Ibid.*, § 43 e § 44.

O, S e L²⁶⁹ havia retratado dois casos idênticos: S., nacional do Gana, casou com um finlandês de quem teve um filho, também ele finlandês. Aquando da separação, S. ficou com a guarda exclusiva da criança. S. casou, de novo, com O., nacional da Costa do Marfim, com quem teve outra criança, nacional ganesa. A O. foi recusada a autorização de residência na Finlândia. Similarmente, L., nacional da Argélia, casou com um finlandês de quem teve um filho nacional finlandês e argelino. Após o divórcio, L. ficou com a guarda exclusiva da criança. L. casou, novamente, com M., nacional argelino, com quem teve outro filho, também argelino. M. acabaria por ser repatriado para a Argélia. Em suma, tendo sido recusada a concessão de autorizações de residência a O. e a M., seria “possível que os seus cônjuges e os filhos confiados à guarda destes”, incluindo os cidadãos europeus, fossem forçados a deixar o território da UE?²⁷⁰ O TJ alegou ser competência do órgão jurisdicional de reenvio determinar se o indeferimento dos pedidos de residência implicava, para os cidadãos europeus em causa, a privação do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo seu estatuto²⁷¹. Relembrou, de novo, *Dereci*: não bastava que o reagrupamento familiar fosse “desejável”²⁷². O TJ defendeu, sem prejuízo da análise a cargo do órgão jurisdicional de reenvio, não existir “dependência”²⁷³ nos casos em apreço²⁷⁴.

Destacamos também *Iida*²⁷⁵, *Alokpa*²⁷⁶, *O e B, S e G*²⁷⁷, que não respeitam a situações puramente internas²⁷⁸. Em *Iida*, o TJ considerou que pelo facto de Mia, alemã, viver na Áustria, a recusa de um direito de residência (na Alemanha) a Iida, seu pai, não a privaria do gozo efetivo do essencial dos seus direitos enquanto cidadã da União²⁷⁹. A Diretiva 2004/38²⁸⁰ era inaplicável ao caso e não existindo um outro elemento de conexão ao DUE, “um nacional de um país terceiro não pode invocar um direito de residência derivado de um cidadão da União”²⁸¹. Quanto aos processos apensos *O e B, S e G*, pretendemos salientar a opinião de Sharpston²⁸². A AG confessou que *Dereci*²⁸³, ao reconhecer “três fundamentos separados ao abrigo do direito da União”²⁸⁴ lhe causou “perplexi-

²⁶⁹ Ac. *O, S e L*, de 06.12.2012, procs. C-356/11 e C-357/11.

²⁷⁰ *Ibid.*, § 32.

²⁷¹ *Ibid.*, § 49.

²⁷² *Ibid.*, § 52.

²⁷³ Relação de dependência entre o cidadão da União de tenra idade e o nacional de um país terceiro a quem o direito de residência é recusado. O AG YVES BOT refere-se, nas suas considerações, a situações em que o cidadão da União não tem outra opção senão acompanhar a pessoa a quem o direito de residência foi recusado. O cidadão europeu encontra-se a cargo dessa pessoa, dependendo inteiramente dela para assegurar a sua subsistência e prover às suas necessidades.

²⁷⁴ Ac. *O, S e L*, cit., § 57 e § 58.

²⁷⁵ Ac. *Iida*, de 08.11.2012, proc. C-40/11.

²⁷⁶ Ac. *Alokpa*, de 10.10.2013, proc. C-86/12.

²⁷⁷ Ac. *O e B, S e G*, de 12.03.2014, procs. C-456/12 e C-457/12.

²⁷⁸ *Cfr.* Craig & De Burca, 2015, p. 870.

²⁷⁹ *Cfr.* Conclusões AG Trstenjak de 15.05.2012, apresentadas no proc. C-40/11, § 65.

²⁸⁰ O TJ verificou a ausência de um pedido ao abrigo da Diretiva 2003/109/CE do Conselho, de 25.11.2003, relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração.

²⁸¹ Ac. *Iida*, cit., § 82.

²⁸² Conclusões AG Sharpston de 12.12.2013, procs. C-456/12 e C-457/12.

²⁸³ Mais concretamente, a passagem em que o TJ anunciou que quando o direito de residência não podia ser atribuído por via dos arts. 20.º e 21.º TFUE, o órgão jurisdicional nacional podia, ainda, concedê-lo com base no art. 7.º da Carta ou no art. 8.º n.º 1 CEDH.

²⁸⁴ O direito ao respeito pela vida privada e familiar (art. 7.º CDFUE), o direito de livre circulação e permanência (art. 21.º n.º 1 TFUE) e a recusa do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos a um cidadão da

dade”. Nesse sentido, defendeu que aquando da aplicação do DUE, a interpretação a dar às disposições deveria ser compatível “com quaisquer direitos pertinentes da Carta”. Por conseguinte, também os direitos conferidos pelos arts 20.º e 21.º TFUE deveriam ser interpretados em conformidade com a CDFUE²⁸⁵.

Por último, no caso *Dano*²⁸⁶, Elisabeta e o filho, Florin, ambos romenos, residiam em Leipzig (Alemanha), cidade que concedera a E. um direito de residência de duração ilimitada. E. recebia “prestações por filho a cargo”, nunca tinha exercido nenhuma profissão e não existiam indícios de ter procurado emprego. Os pedidos de atribuição de “prestações do seguro de base” foram sucessivamente indeferidos e o TJ chegou à conclusão de que, no acesso a prestações sociais, os cidadãos da União só podem reclamar “uma igualdade de tratamento com os nacionais do Estado-Membro de acolhimento se a sua residência no território do Estado-Membro de acolhimento respeitar as condições da Diretiva 2004/38”²⁸⁷. O TJ acrescentou que se “os não beneficiários” pudessem reclamar um direito a prestações sociais nas mesmas condições dos cidadãos nacionais, estaríamos a contrariar o objetivo da Diretiva: “evitar que os cidadãos da União nacionais de outros Estados-Membros se tornem uma sobrecarga não razoável para o regime de segurança social do Estado-Membro de acolhimento”²⁸⁸. O TJ “reverteu”²⁸⁹ o que havia afirmado em casos anteriores²⁹⁰: a Diretiva tinha como objetivo facilitar o exercício do direito de circular e residir no território dos EM.

6. Jurisprudência recente

Em *Rendón Marín*²⁹¹ e *CS*²⁹², a expulsão de um progenitor, nacional de um Estado terceiro, pelos antecedentes penais, poderia privar os filhos menores do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pela cidadania da União, forçando-os a abandonar o território da UE. *Rendón*, nacional colombiano, tinha a custódia dos filhos menores: um menino, nacional espanhol, e uma menina, nacional polaca, ambos sempre residentes em Espanha. *Rendón* tinha sido condenado a uma pena (suspensa) de nove meses de prisão e o seu pedido de residência temporário por circunstâncias excecionais foi indeferido com base na existência de antecedentes penais. Também *CS*, nacional marroquina, assegurava sozinha a guarda do seu filho menor, cidadão britânico, quando foi notificada que, devido à sua condenação numa pena de doze meses de prisão, deveria ser expulsa do Reino Unido. AG Szpunar elencou as semelhanças e as diferenças entre os dois casos²⁹³ e

União (art. 20.º TFUE). Nas situações não abrangidas pelo DUE, o art. 8.º CEDH poderia, ainda, fundamentar a concessão do direito de permanência.

²⁸⁵ Conclusões AG Sharpston de 12.12.2013, procs. C-456/12 e C-457/12, § 62.

²⁸⁶ Ac. *Dano*, de 11.11.2014, proc. C-333/13.

²⁸⁷ Ac. *Dano*, cit., § 69. Seria necessário examinar se a residência dos cidadãos respeitava as condições do art. 7.º n.º 1, al. b) da Diretiva 2004/38. “Entre essas condições figura a obrigação de o cidadão da União economicamente não ativo dispor de recursos suficientes para si próprio e para os membros da sua família”. Cfr. Thym, 2015, p. 251. Shuibhne, 2015, p. 911.

²⁸⁸ Ac. *Dano*, cit., § 74. Cfr. Thym, 2015b, p. 25.

²⁸⁹ Thym, 2015, p. 254.

²⁹⁰ Cfr. Ac. *Metock*, de 25.07.2008, proc. C-127/08, § 82.

²⁹¹ Ac. *Rendón Marín*, de 13.09.2016, proc. C-165/14.

²⁹² Ac. *CS*, de 13.09.2016, proc. C-304/14.

²⁹³ Conclusões AG Szpunar de 04.02.2014, procs. C-165/14 e C-304/14, § 59 e § 60. A principal diferença seria o facto de a filha de *Rendón* residir num EM diferente do da sua nacionalidade.

definiu a questão central: saber se o direito dos cidadãos europeus a não serem obrigados a abandonar a União é absoluto ou se pode ser contrabalançado com o interesse dos EM em expulsar certos nacionais de Estados terceiros do seu território²⁹⁴. Seria necessária a “apreciação individual do caso” para apurar se o comportamento da pessoa configurava uma “ameaça real, atual e suficientemente grave para um interesse fundamental da sociedade”²⁹⁵. O TJ foi no sentido de que o art. 20.º TFUE não afetava a possibilidade de os EM invocarem uma exceção relacionada com a manutenção da ordem pública ou a salvaguarda da segurança pública, sendo os conceitos “entendidos em sentido estrito”²⁹⁶. Sustentou que o mesmo art. se opunha a uma legislação nacional que impunha a recusa automática da concessão de uma autorização de residência a um nacional de um Estado terceiro, com antecedentes penais, quando essa recusa tivesse como efeito forçar os cidadãos da União ao abandono do território da UE²⁹⁷. O raciocínio do TJ em CS seguiu um padrão semelhante²⁹⁸ e os dois casos confirmaram a jurisprudência anterior segundo a qual existem “situações muito específicas” em que a recusa em conceder um direito de residência derivado prejudica “a eficácia da cidadania da União”²⁹⁹. A “eficácia” foi então entendida de forma negativa, isto é, apenas nos termos do direito a não abandonar o território da UE considerado no seu todo. NEUVONEN refere-se a uma “imagem dualista da cidadania da União”: embora o TJ faça referência à eficácia da cidadania europeia e esta permita a concessão de direitos a cidadãos estáticos, o único direito “totalmente acessível” a todos os cidadãos da União é o de permanecer no EM de que são nacionais³⁰⁰. Segundo NEUVONEN, “a “substância” dos direitos da cidadania da União ainda se resume ao movimento transfronteiriço: o movimento “forçado” de abandono do território da UE em contraposição com o movimento “livre” no território da União”³⁰¹.

Em *Chavez-Vilchez*³⁰², a jurisprudência foi chamada a pronunciar-se quanto “ao tipo e ao nível de dependência”³⁰³. Os oito litígios no processo principal diziam respeito a pedidos de prestação de assistência social e pedidos de prestações familiares. Quanto a Chavez-Vilchez, nacional venezuelana, tinha a guarda do seu filho, nacional neerlandês, quando o seu pedido foi indeferido pela falta de título de residência nos Países Baixos. O órgão jurisdicional de reenvio pretendia saber se, no caso, as mães dos cidadãos da União, nacionais de países terceiros, podiam invocar o direito de residência com base no art. 20.º TFUE e, nessa eventualidade, invocar disposições da lei da assistência social e da lei das prestações familiares. O facto de o pai, cidadão europeu, residir nos Países Baixos ou na UE poderia interferir? A mãe teria de demonstrar que o pai não podia assumir a guarda do filho e que se o direito de residência não lhe fosse concedido, o filho seria

²⁹⁴ *Ibid.*, § 124.

²⁹⁵ *Ibid.*, § 167.

²⁹⁶ *Ac. Rendón Marín*, cit., § 82.

²⁹⁷ *Ibid.*, § 87.

²⁹⁸ *Cfr. Ac. CS*, cit., § 40 e § 41.

²⁹⁹ Neuvonen, 2017, p. 1209.

³⁰⁰ Neuvonen, 2017, p. 1214.

³⁰¹ Neuvonen, 2017, p. 1220.

³⁰² *Ac. Chavez-Vilchez*, de 10.05.2017, proc. C-133/15.

³⁰³ *Cfr. Staiano*, 2018, p. 226.

obrigado a abandonar o território da União³⁰⁴? AG Szpunar havia referido o princípio da proporcionalidade: vários elementos deveriam ser tidos em conta e, desses elementos, o grau de dependência entre o progenitor nacional de um Estado terceiro e a criança cidadã da União seria o mais importante³⁰⁵. Saber quem assumia o “encargo legal, financeiro ou afetivo” era “primordial”³⁰⁶. Assim, considerou desproporcionada a recusa automática (e unicamente com base na “mera presença” do pai) de um direito de residência derivado às mães de menores de tenra idade, cidadãos da União³⁰⁷. Acrescentou que incumbiria às autoridades competentes do EM averiguarem e demonstrarem que a guarda efetiva da criança poderia ser assumida pelo outro progenitor, o pai³⁰⁸. O TJ, por sua vez, não mencionou explicitamente a proporcionalidade – fez, no entanto, uma referência implícita ao princípio³⁰⁹: deveriam considerar-se “todas as circunstâncias” tais como a idade, o desenvolvimento físico e emocional, ou o grau da relação afetiva com os progenitores³¹⁰. Em suma, e tal como concluiu Staiano³¹¹, o direito de residência concedido aos progenitores, nacionais de países terceiros, de menores cidadãos da União, ao abrigo do art. 20.º TFUE, continua a ter por base a “indispensabilidade” da presença dos primeiros no gozo do direito de residência no território da União dos últimos. *Chavez-Vilchez* esclareceu que no “balanceamento” entre o seu próprio interesse no “controlo migratório” e o direito dos cidadãos da União em residir no território da UE, os EM deverão ter em conta as circunstâncias específicas de cada caso.

Conclusão

Após a análise da evolução da jurisprudência do TJ, a ilação que cumpre, desde logo, fazer é que as decisões do Tribunal são imprecisas e, inúmeras vezes, divergentes. Por essa razão, a incerteza e a insegurança jurídica vigoram. Torna-se complexo, para os cidadãos europeus, compreender em que se traduz, afinal, o estatuto (fundamental) que adquirem, de forma automática, por serem nacionais de um Estado-Membro.

A cidadania da União, introduzida com o Tratado de Maastricht, despoletou o distanciamento da visão economicista primordial – *Garcia Avello* ou *Chen*, confirmaram-no. A cidadania europeia ampliou *ratione personae* e *ratione materiae* o DUE. Assistimos a uma alteração ao “paradigma do migrante”: já não será crucial ter exercido o direito de circulação para preenchimento do âmbito pessoal do Tratado.

Concedendo proteção aos cidadãos não migrantes/estáticos, mesmo na ausência de um “elemento transfronteiriço”, o TJ eliminou, em casos concretos, o problema da discriminação inversa. No entanto, o Tribunal negou-se a reconhecer a cidadania da União como “estatuto autónomo” e, conseqüentemente, no nosso entender, negou-se a colocar um ponto final no problema da discriminação contra os próprios nacionais. Na

³⁰⁴ Cfr. Ac. *Chavez-Vilchez*, cit., § 39.

³⁰⁵ Conclusões AG Szpunar de 08.09.2016, proc. C-133/15, § 97.

³⁰⁶ *Ibid.*, § 98.

³⁰⁷ *Ibid.*, § 102.

³⁰⁸ *Ibid.*, § 113. As autoridades competentes deveriam ter em conta todas as circunstâncias do caso concreto e deveriam respeitar os princípios da proporcionalidade e do interesse superior da criança.

³⁰⁹ Cfr. Staiano, 2018, pp. 236 e 237.

³¹⁰ Ac. *Chavez-Vilchez*, cit., § 71.

³¹¹ Staiano, 2018, pp. 240 e 241.

verdade, a trilogia *Zambrano*, *McCarthy*, *Dereci* configurava uma ocasião apropriada para que o TJ o tivesse feito. Deste modo, a cidadania europeia traduzir-se-ia no elemento de conexão necessário para que o “direito comunitário” se aplicasse às situações puramente internas. Em consequência, os cidadãos europeus ficariam salvaguardados das medidas nacionais que os privassem “do gozo efetivo do essencial dos direitos conferidos pelo seu estatuto de cidadão da União”.

Concordamos com a AG Sharpston na medida em que a solução para o problema da discriminação inversa passa pela eliminação do elemento “transfronteiras”/pela eliminação da regra que proíbe a aplicação do DUE a situações puramente internas. A AG chamou também à colação a cidadania europeia que, como estatuto fundamental, seria por si só suficiente para estabelecer uma ligação com as situações previstas pelo DUE – refere outros direitos, como o de votar para o PE, que podem ser exercidos sem que se verifique o elemento “transfronteiriço”, sendo suficiente a posse do estatuto da cidadania da União para o seu “gozo efetivo”. Sharpston sugeriu que o art. 18.º TFUE, que consagra o princípio geral da não discriminação, podia ser invocado por cidadãos sedentários, proibindo a discriminação inversa resultante da interação entre o art. 21.º TFUE e a legislação nacional, que implicava a violação de um direito fundamental protegido pelo DUE, quando não estivesse prevista uma proteção pelo menos equivalente no direito nacional. Também Spaventa sustentou a tese da eliminação do elemento “transfronteiriço” e, a título subsidiário, da invocação do art. 18.º TFUE por cidadãos estáticos.

Por conseguinte, não podemos concordar com o TJ quando alega que a discriminação inversa é um problema a solucionar no contexto nacional. O que não será sinónimo de que, no nosso entender, deva existir uma completa desresponsabilização dos EM – devem respeitar o princípio geral da não discriminação do art. 18.º TFUE, consagrado como “princípio fundamental do direito comunitário”. Também ao Tribunal é exigido que, na resolução do problema da discriminação inversa, considere este princípio que, além do mais, faz parte dos direitos que “entram diretamente no património pessoal dos nacionais dos Estados-Membros na sua qualidade de cidadãos da União”³¹². O princípio terá “uma existência independente” e um “alcance autónomo”, não ficando a sua aplicação subordinada à prévia utilização das “liberdades económicas”.

Numa União Europeia em que se pretende fomentar a “coesão económica, social e territorial”, a solução efetiva centrar-se-á, necessariamente, no princípio da solidariedade.

³¹² Conclusões AG Poiares Maduro de 06.05.2004, apresentadas no proc. C-72/03, § 68.

Bibliografia

ADAM, S. & VAN ELSUWEGE, P. (2012). Citizenship rights and the federal balance between the European Union and its member states: Comment on *Dereci*. *European Law Review*, no. 37, pp. 176-190.

BARNARD, C. (2013). *The substantive law of the EU – The four freedoms*. 4.^a Edição. Oxford University Press, pp. 236-240.

CARLIER, J.Y. (2013). Purely internal situations and EU citizens' rights after the *Zambrano*, *McCarthy*, and *Dereci* judgments. *Online Journal on Free Movement of Workers within the European Union*, no. 5, pp. 6-10.

CRAIG, P. & DE BURCA, G. (2011). *The evolution of EU law*. 2.^a Edição. Oxford University Press, pp. 591-597.

CRAIG, P. & DE BURCA, G. (2015). *EU law, text, cases, and materials*. 6.^a Edição. Oxford University Press.

DAUTRICOURT, C. & THOMAS, S. (2009). Reverse discrimination and free movement of persons under Community law: All for Ulysses, nothing for Penelope?. *European Law Review*, no. 34, pp. 433-454.

DAVIS, R. W. (2002). Citizenship of the Union... rights for all?, *European Law Review*, no. 27, pp. 121-137.

FRIES, S. & SHAW, J. (1998). Citizenship of the Union: First steps in the European Court of Justice. *European Public Law*, no. 4, pp. 533-559.

HAILBRONNER, K. & THYM, D. (2011). Case C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano v. Office national de l'emploi (ONEm)*, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 8 March 2011. *Common Market Law Review*, no. 48, pp. 1253-1270.

HORSPOOL, M. & HUMPHREYS, M. (2014). *European Union law*. 8.^a Edição. Oxford University Press.

JACOBS, F.G. (2007). Citizenship of the European Union – A legal analysis. *European Law Journal*, no. 13, pp. 591-610.

KOCHENOV, D. (2011). A real European citizenship: A new jurisdiction test: A novel chapter in the development of the union in Europe. *Columbia Journal of European Law*, no. 18, pp. 56-109.

KOCHENOV, D. (2010). Case C-135/08, *Janko Rottmann v. Freistaat Bayern*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 2 March 2010. *Common Market Law Review*, no. 47, pp. 1831-1846.

KOCHENOV, D. (2013). The right to have *what* rights? EU citizenship in need of clarification. *European Law Journal*, no. 19, pp. 502-516.

KOCHENOV, D. & PLENDER, R. (2012). EU citizenship: From an incipient form to an incipient substance? The discovery of the Treaty text. *European Law Review*, no. 37, pp. 369-396.

KOSTAKOPOULOU, D. (2014). When EU citizens become foreigners. *European Law Journal*, no. 20, pp. 447-463.

LENAERTS, K. (2011). “Civis europaeus sum”: From the cross-border link to the status of citizen of the Union. *Online Journal on Free Movement of Workers within the European Union*, no. 3, pp. 6-18.

LENAERTS, K. & VAN NUFFEL, P. (2011). *European Union law*, 3.^a Edição. Sweet & Maxwell.

NEUVONEN, P.J. (2017). EU citizenship and its “very specific” essence: *Rendón Marin* and *CS*. *Common Market Law Review*, no. 54, pp. 1201-1220.

NOWAK, J. T. (2011). Case C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano v. Office National de L’emploi (ONEM) & Case C-434/09, Shirley McCarthy v. Secretary of State for the Home Department. *Columbia Journal of European Law*, no. 17, pp. 674-704.

O’LEARY, S. (1999). Putting flesh on the bones of European Union citizenship. *European Law Review*, no. 24, pp. 68-79.

PAIS, S.O. (2010). Todos os cidadãos da União Europeia têm direito de circular e residir livremente no território dos Estados-Membros, mas uns têm mais direitos do que outros... *Scientia Iuridica*, no. 59, pp. 467-496.

PAIS, S.O. (2015). Current challenges: Freedom of movement and access of economically inactive Union citizens to social benefits. *EU Citizenship, Challenges and Opportunities/Cidadania Europeia, Desafios e Oportunidades*. Porto: Universidade Católica Editora. pp. 19-42.

PAIS, S.O. (2016). *Princípios fundamentais de direito da União Europeia – uma abordagem jurisprudencial*. 3.^a Edição. Coimbra: Almedina.

PICKUP, D.M.W. (1986). Reverse discrimination and freedom of movement for workers. *Common Market Law Review*, no. 23, pp. 135-156.

POIARES MADURO, M. (2000). The scope of European remedies: The case of purely internal situations and reverse discrimination. *The Future of European Remedies*. Oxford: Hart Publishers.

RITTER, C. (2006). Purely internal situations, reverse discrimination, Guimont, Dzodzi and Article 234. *European Law Review*, no. 31, pp. 690-710.

SÁNCHEZ, S.I. (2014). Fundamental rights and citizenship of the Union at a crossroads: A promising alliance or a dangerous liaison? *European Law Journal*, no. 20, pp. 464-481.

SÁNCHEZ, S.I. (2018). Purely internal situations and the limits of EU Law: A consolidated case law or a notion to be abandoned? *European Constitutional Law Review*, no. 14, pp. 7-36.

SELING, A. (2010). Case C-135/08 Janko Rottmann v. Freistaat Bayern, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 2nd March 2010: Towards a direct “droit de regard”? *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, no. 17, pp. 470-486.

SHUIBHNE, N N. (2012). Case C-434/09, *Shirley McCarthy v. Secretary of State for the Home Department*, Judgment of the Court of Justice (Third Chamber) of 5 May 2011; Case C-256/11, *Dereci and others v. Bundesministerium für Inneres*, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 15 November 2011; (Some of) the kids are all right. *Common Market Law Review*, no. 49, pp. 349-379.

SHUIBHNE, N.N. (2002). Free movement of persons and the wholly internal rule: Time to move on? *Common Market Law Review*, no. 39, pp. 731-771.

SHUIBHNE, N.N. (2015). Limits rising, duties ascending: The changing legal shape of Union citizenship. *Common Market Law Review*, no. 52, pp. 889-937.

SHUIBHNE, N.N. (2010). The resilience of EU market citizenship. *Common Market Law Review*, no. 47, pp. 1597-1628.

SPAVENTA, E. (2008). Seeing the wood despite the trees? On the scope of Union citizenship and its constitutional effects. *Common Market Law Review*, no. 45, pp. 13-45.

STAIANO, F. (2018). Derivative residence rights for parents of Union citizen children under Article 20 TFEU: *Chavez-Vilchez*. *Common Market Law Review*, no. 55, pp. 225-241.

THYM, D. (2015). The elusive limits of solidarity: Residence rights of and social benefits for economically inactive Union citizens. *Common Market Law Review*, no. 52, pp. 17-50.

THYM, D. (2015). When Union citizens turn into illegal migrants: The *Dano* case. *European Law Review*, no. 40, pp. 249-262.

TRYFONIDOU, A. (2013). (Further) signs of a turn of the tide in the CJEU's citizenship jurisprudence, Case C-40/11 *Iida*, Judgment of 8 November 2012. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, no. 20, pp. 302-320.

TRYFONIDOU, A. (2012). Redefining the outer boundaries of EU law: The *Zambrano*, *McCarthy* and *Dereci* trilogy. *European Public Law*, no. 18, pp. 493-526.

TRYFONIDOU, A. (2008). Reverse discrimination in purely internal situations: An incongruity in a citizens' Europe. *Legal Issues of Economic Integration*, no. 35, pp. 43-67.

TRYFONIDOU, A. (2009). Purely internal situations and reverse discrimination in a citizens' Europe: Time to "reverse" reverse discrimination?. *Issues in Social Policy: A New Agenda*. Jean Monnet Seminar Series. Progress Press, pp. 11-29.

VAN EIJKEN, H. & S. DE VRIES (2011). A new route into the Promised Land? Being a European citizen after *Ruiz Zambrano*. *European Law Review*, no. 36, pp. 704-721.

VAN ELSUWEGE, P. & D. KOCHENOV (2011). On the limits of judicial intervention: EU citizenship and family reunification rights. *European Journal of Migration and Law*, no. 13, pp. 443-466.

VERSCHUEREN, H. (2015). Preventing "benefit tourism" in the EU: A narrow or broad interpretation of the possibilities offered by the ECJ in *Dano*?. *Common Market Law Review*, no. 52, pp. 363-390.

WEILER, J. H. H. (1999). To be a European citizen: Eros and civilization. In *The Constitution of Europe – "Do the new clothes have an emperor?" and other essays on European Integration*. Cambridge University Press.

WHITE, R. C. A. (1993). A fresh look at reverse discrimination?. *European Law Review*, no. 18, pp. 527-532.

WIESBROCK, A. (2011). Disentangling the "Union citizenship puzzle"? The *McCarthy* Case. *European Law Review*, no. 36, pp. 861-873.

WIESBROCK, A. (2012). Granting citizenship-related rights to third-country nationals: An alternative to the full extension of European Union citizenship?. *European Journal of Migration and Law*, no. 14, pp. 63-94.

WIESBROCK, A. (2011). Union citizenship and the redefinition of the "internal situations" rule: The implications of *Zambrano*. *German Law Journal*, vol. 12, no. 11, pp. 2077-2094.

De protagonistas e gestores a responsáveis cívicos
A propósito da greve ilícita
e da responsabilidade civil de piquetes e sindicatos

Maria Inês Bravo Dinis Tejo

Sob a orientação do
Professor Doutor Júlio Gomes

“A norma legal sobre a greve funciona, em simultâneo, como garantia e restrição, e, desde logo está fadada, em qualquer das suas valências, à insatisfação dos seus destinatários”
(António Monteiro Fernandes, 2013. A Lei e as Greves – Comentário a dezasseis artigos do Código do Trabalho, Coimbra: Almedina, p. 8.)

Agradecimentos

À minha mãe por me ensinar que baixar os braços não é caminho.

À minha família, por todo o apoio, paciência, esforço e dedicação, para que tudo fosse possível.

Ao meu namorado e aos meus verdadeiros amigos e amigas pelo incentivo incansável.

Ao meu Orientador por todo o acompanhamento neste processo.

Resumo

O direito à greve é um direito cujo conceito não se encontra estabelecido no ordenamento jurídico português. Como tal, a delimitação da ilicitude do seu exercício é uma tarefa complexa.

No exercício deste direito intervêm não só os trabalhadores – titulares do direito –, como os sindicatos e os piquetes. Estes últimos adquirem, respetivamente, um papel de gestores e protagonistas deste exercício.

Assim, esta dissertação de mestrado pretende aferir da possível aplicação prática da responsabilidade civil à greve ilícita, tanto na vertente extracontratual, nomeadamente por abuso de direito, como na vertente objetiva da responsabilidade do comitente-sindicato, pelos atos do piquete-comissário. Para o fazer, cumpre abordar os problemas do nexo causal na aplicação à greve ilícita.

Palavras-chave: Greve; greve ilícita; sindicatos; piquetes; gestão da greve; responsabilidade subjetiva; abuso de direito; responsabilidade objetiva do comitente; nexo de causalidade.

Abstract

The concept of the right to strike is not established in Portuguese Law. Delimiting the illegality of its exercise is, therefore, a complex job.

In the exercise of this right intervene not only the workers – holders of the right –, but also trade unions and pickets, who respectively assume the role of managers and protagonists of this exercise.

This dissertation intends to assess the possible application of civil liability in illegal strikes – both subjective liability, namely by abuse of law, and objective liability of the union-principal for the actions of the picket-commissary. To perform such a task, it is necessary to address the problems of the causal link in what respects illegal strikes.

Keywords: Strike; illegal strike; trade unions; pickets; strike management; subjective liability; abuse of right; objective liability of the principal; causal link.

Lista de Siglas e Abreviaturas

Ac	Acórdão
Art	Artigo/Artigos
Adv.-G.	Advogado Geral/Advogados-Gerais
Cfr.	Confrontar
Cap.	Capítulo
CC	Código Civil, Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de novembro, na versão atualizada pela Lei n.º 13/2019, de 12/02
CCT	Convenção Coletiva de Trabalho
CEDH	Carta Europeia dos Direitos do Homem
CDSCE	Comité dos Direitos Sociais do Conselho da Europa
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CE	Conselho da Europa
CLS	Comité da Liberdade Sindical da Organização Internacional de Trabalho
Concl.	Conclusão/Conclusões
Conv.	Convenção
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSE	Carta Social Europeia Revista, ratificada pela Resolução da Assembleia da República n.º 64-A/2001, de 17/10 e pelo Decreto do Presidente da República n.º 54-A/2001, de 17/10
CT	Código do Trabalho, Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, na versão atualizada pela Lei n.º 14/2018, de 19/03
DL	Decreto-Lei
EUA	Estados Unidos da América
L	Lei
n.º	Número
OIT	Organização Internacional do Trabalho
p./pp.	Página(s)
Par.	Parecer
PGR	Procuradoria Geral da República Portuguesa
Proc.	Processo
UK	Reino Unido
ss.	e seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia

Índice

Introdução	7
1. O direito à greve	8
1.1. Conteúdo, titularidade e exercício do direito	8
1.2. A atuação persuasiva dos piquetes	9
1.3. O protagonismo dos sindicatos na representação e gestão da greve	10
2. Limites ao exercício do direito à greve – a delimitação da ilicitude, culpa e danos relevantes para a responsabilidade civil	11
2.1. Os limites em geral do direito à greve	11
2.2. Os limites de atuação do piquete de greve	13
2.3. O incumprimento dos deveres de gestão dos sindicatos como violação do princípio da boa fé nos conflitos coletivos	15
2.4. O abuso de direito	17
3. A necessidade de efetivar a responsabilidade civil de sindicatos e piquetes e a intencionalidade dessa responsabilização – a afirmação da exigência de manutenção das imunidades dos trabalhadores	20
4. Responsabilidade objetiva dos sindicatos por atuação dos piquetes como expressão do dever de organização e coordenação dos piquetes pelas associações sindicais	24
5. O problema do nexo de causalidade na responsabilidade subjetiva e objetiva – as dificuldades práticas da teoria da causalidade adequada e a necessidade de uma interpretação atualista	29
Conclusões	34
Bibliografia	37

Introdução

O direito à greve é um direito fundamental dos trabalhadores, com a categoria de direito, liberdade e garantia, tutelado¹ na CRP (art. 57.º), cuja regulação é confiada ao CT (art. 530.º ss). Trata-se de um direito reconhecido internacionalmente na CSE (art. 6.º, n.º 4), na CDFUE (art. 28.º)², na CEDH (art. 11.º) e, pela OIT (Conv. n.º 87), bem como, nos mais diversos ordenamentos jurídicos nacionais, quer através de uma simples previsão legal ou, por consagração constitucional, impondo-se como critério democrático³.

Apesar disso, o exercício deste direito não se esgota na ação dos seus titulares, merecendo destaque a atuação de outros sujeitos coletivos: referimo-nos ao piquete de greve e à associação sindical que declarou a greve. Tais sujeitos são, também eles, titulares de direitos, obrigações e interesses protegidos neste domínio, porque inseridos no conteúdo do exercício do direito à greve. É na posição jurídica destes intervenientes que centraremos o objeto desta dissertação.

Porém, o direito à greve não é um direito absoluto ou ilimitado⁴, devendo observar não só as condições de execução previstas no CT, bem como, ser conciliado com o exercício de outros direitos fundamentais de igual tutela constitucional⁵. O mesmo é afirmar a admissibilidade de verificação de um exercício abusivo ou, meramente ilícito do direito à greve. Exercício este que, por força da normal sinalagmática jurídica leva, se verificados os demais pressupostos legais de aplicação, ao preenchimento da responsabilidade civil subjetiva e objetiva quanto aos piquetes.

Ora, neste âmbito propomo-nos a, dada a falta de conceito de greve, encontrar com recurso ao direito nacional, internacional e comparado, o conteúdo deste direito e, correlativamente, os seus limites em geral e, em especial, no que concerne à atuação de piquetes e sindicatos. Uma vez descobertos os comportamentos ilícitos, cabe atentar nos fundamentos da emergência da responsabilidade civil na greve, tanto na vertente extracontratual como, atenta a personalidade coletiva das associações sindicais e o seu dever de coordenação dos piquetes, na pertinência da afirmação da sua responsabilidade objetiva quanto à atuação ilícita destes, nos exatos termos da responsabilidade do comitente (arts. 165.º e 500.º do CC).

Por fim, dada a ampla relevância do preenchimento do requisito do nexo de causalidade na responsabilidade civil, o qual tem vindo a prejudicar a efetivação da responsabilidade civil no exercício do direito à greve, no que respeita às associações sindicais e aos piquetes, cabe examinar o problema da quebra do nexo de causal, para compreender se o mesmo pode ser ultrapassado dentro do sistema jurídico atual.

¹ Moreira & Canotilho, 2007, p. 753.

² Igualmente considerado como princípio geral de direito da UE (*vide*: Ac. *Viking* do TJUE, § 43-47. Concl. do Adv.-G. no Ac. *Laval* do TJUE, § 78).

³ Ray, 2005, p. 231; Supiot, 2005, p. 289; Reis, 2017, p. 195.

⁴ Ac. do TEDH de 06/11/2009, § 32.

⁵ O mesmo é expressamente afirmado pelo Ac. do TRL de 25/05/2011.

1. O direito à greve

1.1. Conteúdo, titularidade e exercício do direito

A consagração do direito à greve – posteriormente à sua prescrição penal ou mera tolerância, enquanto liberdade⁶ –, consistiu, em Portugal e na generalidade dos países do mundo, numa construção jurisprudencial, designadamente dos TCs nacionais⁷, visando o reconhecimento de um fenómeno social⁸. Isto corresponde a um fenómeno facilmente identificável, mas de forte pendor histórico situado, que se sedimentou como direito potestativo fundamental de todos trabalhadores⁹ e, apenas destes¹⁰. Daí que se assista a uma omissão do conceito de greve com o significado, para a Doutrina maioritária nacional, de desnecessidade de restrição do direito¹¹, principalmente quanto aos motivos que fundam o seu recurso – o que, aliás, se consubstancia, na ordem jurídica portuguesa, numa tutela constitucional, sob a forma de proibição de controlo dos seus motivos¹². Contudo, tal omissão resulta numa dificuldade agravada de definição jurídica do conteúdo do direito, face à falta de consensos no panorama do direito nacional, comparado e, especialmente, internacional¹³.

Porém, afirma-se evidente que este direito desempenha uma função de justiça, enquanto corretor de desequilíbrios da relação laboral¹⁴, na medida em que logra causar prejuízos ao empregador¹⁵, criando um ambiente de pressão que, necessariamente, visa provocar a concessão das pretensões em que se funda a concreta ação coletiva.

Assim, aos olhos do Pensamento Jurídico é este direito concretizável numa: (i) ação concertada dos trabalhadores; (ii) de abstenção da prestação de trabalho; (iii) para prosseguir a defesa de interesses próprios da sua dimensão laboral¹⁶.

É, em suma, um meio de ação legítimo para defesa dos interesses – em sentido amplo¹⁷ – económicos e sociais dos trabalhadores¹⁸. Em consequência, o contrato individual de trabalho suspende-se, mantendo-se “como que em estado latente”¹⁹, ao invés de cessar pelo incumprimento da prestação laboral (art. 536.º CT).

⁶ Para mais desenvolvimentos quanto às fases evolutivas da greve: Cordeiro, 2019, pp. 779 ss., 796 ss.

⁷ Como é o caso da Alemanha – Zachert, 2005, p. 117 -, bem como de Espanha, França e Itália – Ales, 2010, pp. 244-245.

⁸ Xavier, 1984, p. 13; Abrantes, 2012, p. 74; Fernandes, A., 2013, p. 20.

⁹ Fernandes, A., 2013, pp. 30-31; Ramalho, 2012, p. 424.

¹⁰ Sendo apenas reconhecido e próprio dos trabalhadores subordinados, os titulados por um contrato de trabalho, geral ou especial.

¹¹ Ramalho, 2012, p. 21; Martinez, 2017, p. 1218.

¹² Moreira & Canotilho, 2007, pp. 755-756.

¹³ Novitz, 2010, p. 269. Para mais desenvolvimentos quanto às diferentes concepções do direito à greve na Europa *vide* Ales, 2010, pp. 248-249.

¹⁴ Xavier, 1984, p. 51; Martinez, 2017, p. 1215.

¹⁵ Amado, 2014a, p. 192.

¹⁶ Ac. do STJ de 04/10/1995. Moreira & Canotilho, 2007, p. 753; Fernandes, A., 2014, p. 803; Gomes, 2017, p. 166; González, V., 2016, p. 69.

¹⁷ Abrantes, 2004, pp. 204-205.

¹⁸ Gravel, Duplessis & Gernigon, 2001, p. 44.

¹⁹ Amado, 2014a, p. 335.

É, como tal, um direito subjetivo fundamental dos trabalhadores²⁰ que se exercita coletivamente²¹, por força da sua complexidade estrutural e da indissociabilidade das suas duas dimensões²².

Reformulando, o direito à greve é, de acordo com a CRP e a lei, um direito na titularidade individual de cada trabalhador, que adere ou não à greve²³, estando o seu exercício limitado à anterior declaração de greve pela coletividade de todos os trabalhadores, diretamente ou, através das associações sindicais (art 531.º do CT). O mesmo é dizer que, o exercício do direito à greve, na sua dimensão individual, está condenado *a priori* pela decisão do coletivo, o qual geralmente se individualiza na associação sindical, por oposição à real coletividade de trabalhadores.

1.2. A atuação persuasiva dos piquetes

O art. 533.º do CT, como aliás já o fazia nos mesmos termos, a anterior L 65/77, regula a figura do piquete de greve, o qual tem como função essencial a persuasão pacífica dos trabalhadores para aderirem à greve.

Esta figura é igualmente garantida pela CRP²⁴, bem como, internacionalmente, pela OIT²⁵. O piquete é, definitivamente, a face mais visível do exercício do direito à greve²⁶ pelos seus titulares, enquanto figura de “solidariedade profissional”²⁷, sendo, a mais das vezes, socialmente confundida com a própria greve.

Esta figura corresponde ao conjunto de trabalhadores que levam a cabo a tarefa de “trabalhar emocionalmente o colega”²⁸ de trabalho, a que uma parte da Doutrina imprime uma ideia de “belicismo latente”, enquanto meio grupal de pressão²⁹.

Com efeito, esta é uma forma de divulgar a greve e as demais informações quanto ao seu processamento, presente e futuro, possibilitando assim uma decisão individual de adesão informada e consciente, e conseqüentemente, ditando uma maior adesão à greve. O piquete desempenha, portanto, um papel fulcral no sucesso desta ação coletiva perante o empregador³⁰.

Destarte, subsiste no direito comparado a divergência quanto à natureza da figura de: mera liberdade³¹, expressão de outras liberdades fundamentais – como a liberdade de expressão, associação ou manifestação³² – ou, por outro lado, de um direito dos trabalhadores, correlativo ou intrínseco ao direito à greve e ao seu exercício, de “constituir piquetes”. Este último entendimento parece ser o do CT, que é por nós perfilhado.

²⁰ Moreira & Canotilho, 2007, p. 751.

²¹ Miranda & Medeiros, 2017, p. 816.

²² Ramalho, 2012, p. 503.

²³ Carvalho, C., 2017, pp. 460-462.

²⁴ Moreira & Canotilho, 2007, p. 754.

²⁵ OIT, 2006, § 648, § 651. Gernigon, Otero & Guido, 1998, p. 45.

²⁶ Dorssemont et al., 2015, p. 47.

²⁷ Fernandes, A., 2014, p. 839.

²⁸ Souza, 2004, p. 94.

²⁹ Ramalho, 2012, p. 461.

³⁰ Franco & López, 2013, p. 69; Martínez, 2017, pp. 1240-1241.

³¹ Como acontece no UK, onde, contudo, tal liberdade é tutelada e, regulamentada por códigos deontológicos próprios. Carby-hall, 2005, pp. 45-48.

³² Como acontece nos EUA e no Canadá – Trudeau, 2005, pp. 91-92 – e, no Brasil – Mallet, 2014, p. 65.

1.3. O protagonismo dos sindicatos na representação e gestão da greve

À semelhança dos piquetes, a afirmação do protagonismo dos sindicatos que declaram a greve, e apenas destes³³, através da representação de todos os grevistas, independentemente da sua filiação³⁴, resulta do CT (art. 532.º), nos exatos termos da L 65/77. Esta representação funda-se na declaração de greve e no papel que, na prática, os sindicatos desempenham. Papel este que lhes não é reservado pela CRP³⁵ ou pela lei, mas antes uma expressão ampla da liberdade sindical³⁶ e da dimensão coletiva do direito à greve³⁷.

Cumprido, então, em primeiro lugar, caracterizar brevemente tais protagonistas quanto à sua natureza.

Vejam, as associações sindicais são pessoas coletivas de direito privado, estruturalmente organizadas através de órgãos, dotadas de competências próprias de representação dos seus associados – os trabalhadores (alínea a) do n.º 1 do art. 442.º do CT) – por quem são criadas³⁸, à luz do direito de associação (art. 440.º ss do CT). Geralmente estas, dada a dimensão, história e fins que a lei lhes reserva prosseguir, prestam apoio social, económico e jurídico aos seus associados.

Resumindo, na realidade portuguesa, estes entes jurídicos, na sua maioria, assumem-se como verdadeiras associações de apoio aos trabalhadores, em sentido amplo, isto é, nas diversas valências da sua vida, ultrapassando – e bem – o mero apoio laboral, enquanto interlocutores com o empregador em caso de conflito coletivo ou, na qualidade de partes da negociação coletiva.

No âmbito da greve, a lei reserva-lhes o “poder-dever” de declaração da greve³⁹, baseado num juízo de oportunidade incondicionado⁴⁰, a partir do qual se tornam verdadeiras gestoras⁴¹, ao invés de meras representantes de todo o processo grevista⁴². Estando toda a sua conduta – designadamente, a comunicação do aviso prévio (art. 534.º do CT)⁴³; a organização e coordenação dos piquetes (art. 533.º do CT)⁴⁴; a obrigação de assegurar os serviços mínimos e a manutenção das instalações e equipamentos (art. 537.º e 538.º do CT)⁴⁵ e o diálogo de superação do conflito⁴⁶ – vinculada ao dever de boa fé (art. 522.º do CT), tornando-se as associações sindicais, deste modo e de acordo com

³³ Por não ser objeto do presente trabalho, omitiremos quaisquer referências às comissões de greve, às quais, não arrastamos as considerações aqui tecidas, quanto à responsabilização dos sindicatos, por força da natureza “quase espontânea” destas.

³⁴ Gomes, 2010, p. 235; Ramalho, 1994, p. 27.

³⁵ Moreira & Canotilho; 2007, pp. 754-755; Miranda & Medeiros, 2017, p. 817.

³⁶ Pinto, 1996, p. 190; Leite, 2004, p. 131.

³⁷ Xavier, 1984, p. 51; Ramalho, 2012, p. 502.

³⁸ Leite, 2004, p. 119.

³⁹ Gomes, 2010, p. 235.

⁴⁰ Canotilho & Leite, 1999, p. 12; Ramalho, 1994, p. 24; Fernandes, A., 2014, p. 829.

⁴¹ Par. da PGR n.º 100/89; Par. da PGR n.º 1/1999; Par. da PGR n.º 6/2019.

⁴² Canotilho & Leite, 1999, p. 12.

⁴³ Ramalho, 1994, p. 34; Fernandes, A., 2013, pp. 51-52.

⁴⁴ Ramalho, 2012, p. 458.

⁴⁵ Ac. do TRP de 06/12/1993.

⁴⁶ Fernandes, A., 2013, p. 51-52; Xavier, 1984, p. 177; Canotilho & Leite, 1999, p. 13.

as competências prescritas pelo CT, o “epicentro da convulsão em que o processo [grevista] se traduz”⁴⁷.

Revela-se, aqui, o direito à greve como um “direito coletivo enquadrado”, no sentido em que a declaração de greve estabelece, ela própria, o plano de exercício individual da greve de cada trabalhador⁴⁸. Dito de outro modo, a liberdade de adesão ou não à greve, não significa a liberdade de fixação de planos individuais e coletivos distintos daqueles que pela associação sindical já foram traçados, aquando da declaração de greve⁴⁹.

A Doutrina discute se esta representação, fundada na declaração de greve, tem natureza jurídica legal ou institucional⁵⁰, voluntária⁵¹ ou, até, se pertence aos próprios trabalhadores⁵².

Creemos que se trata da afirmação da natureza política do sindicato⁵³, enquanto sujeito gestor do exercício de um direito que não é seu, mas cujo exercício “monopolizou”, em violação do próprio direito⁵⁴, tendo em consideração uma interpretação ampla do art. 56.º da CRP⁵⁵.

Este foi, já anteriormente, o entendimento da PGR, plasmado no Parecer n.º 100/89, no qual afirma, expressa e diretamente, a competência das associações sindicais que declaram a greve para representar os trabalhadores e gerir a greve.

A este propósito cabe ainda realçar que desde 2002 que o CDES, na sua análise do cumprimento da CSE em Portugal declara, reiteradamente, a violação pelo Estado português do n.º 4 do art. 6.º da CSE por força deste “quase monopólio virtual” de declaração da greve, num país em que a maioria dos trabalhadores não é sindicalizado⁵⁶.

Ademais, como evidenciado *supra*, a não titularidade do direito à greve não prejudica, nem significa a não titularidade de outros direitos, obrigações e interesses de exercício da greve (cfr. n.º 2 do art. 532.º do CT).

A este ponto voltaremos oportunamente, em momento subsequente, uma vez que a explanação desta gestão se torna mais clara e completa quando acompanhada das consequências do seu incumprimento.

2. Limites ao exercício do direito à greve – a delimitação da ilicitude, culpa e danos relevantes para a responsabilidade civil

2.1. Os limites em geral do direito à greve

Aliada à incerteza quanto ao conteúdo do direito à greve encontra-se a dificuldade em delimitar os comportamentos que se inserem na sua esfera de proteção. Dificuldade esta que é potenciada pela variedade de fontes legais, desconformes entre si, ao nível europeu e internacional, baseadas em realidades regionais próprias que, dado o cará-

⁴⁷ *Ibidem*, p. 12.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Ramalho, 2012, p. 458; Xavier, 1984, p. 178.

⁵¹ Canotilho & Leite, 1999, p. 13.

⁵² Carvalho, C., 2017, p. 475 – para a Autora, a declaração de greve é “da colectividade de trabalhadores”.

⁵³ No mesmo sentido: Fernandes, A., 2013, p. 54; Leite, 2004, p. 132.

⁵⁴ Gomes, 2017, pp. 183, 186-187.

⁵⁵ Martinez, 2017, p. 1225.

⁵⁶ Concl. XVI-1-Concl. 2016 do CDSCE.

ter histórico situado do fenómeno grevista, não parecem ser universalizáveis⁵⁷, mas que muitas organizações internacionais – nomeadamente a UE – parecem querer universalizar⁵⁸.

Em primeiro lugar, e tendo em conta a garantia de irrestrição do direito, por meio de um controlo dos seus motivos, destaca-se a falta de consenso quanto às modalidades de greve que ainda cabem no conceito⁵⁹ ⁶⁰, nomeadamente quanto às greves políticas⁶¹, rotativas ou articuladas⁶² e “self-service”⁶³.

Por outro lado, existe divergência quanto aos elementos da greve cuja violação comporta a ilicitude da mesma, ou seja, quanto aos incumprimentos que atentam objetivamente contra os imperativos da ordem jurídica⁶⁴.

Parece-nos que, a epígrafe e o texto do art. 541.º do CT claramente estabelecem que a ilicitude da greve resulta de todas as violações do seu regime legal, sejam elas materiais, procedimentais⁶⁵, de princípios jurídicos gerais ou, de deveres acessórios de conduta⁶⁶ – nomeadamente da boa fé. Mas a este ponto voltaremos.

Dito de outro modo, o direito à greve, apesar de constitucionalmente garantido, não é absoluto, podendo ser restringido no confronto – concreto e casuístico⁶⁷ – com outros direitos fundamentais⁶⁸ através da aplicação das regras da colisão de direitos⁶⁹, devendo este instituto ser aplicado quando o exercício do direito à greve ofenda outros interesses tutelados típicos de um Estado de Direito democrático⁷⁰.

Este direito não reveste, em abstrato, um carácter de superioridade ou inferioridade perante outros direitos, liberdades e garantias, seja a nível nacional, europeu ou internacional⁷¹, ao contrário do entendimento que vem sendo propagado pelo TJUE⁷². Nem

⁵⁷ Novitz, 2010, p. 252.

⁵⁸ Referimo-nos, designadamente, às posições firmadas pelo TJUE nos Acórdãos *Laval* e *Viking*, sobre os quais não nos deteremos em profundidade, por não configurarem o objeto desta dissertação, mas que criticaremos ao longo deste trabalho, nos pontos que, para o objeto deste, relevam.

⁵⁹ Para mais desenvolvimentos: Pinto, 1966, pp. 51-55.

⁶⁰ No sistema francês utiliza-se como critério de licitude jurisprudencial a regra do “destinatário adequado para lograr as reivindicações” – Ray, 2005, pp. 237-238.

⁶¹ Em sentido favorável: Ac. do TRE de 22/06/2004. Contra: Par. da PGR n.º 123/76-B; Entendimento do TC italiano - Ballestrero, 2005, p. 177; CE, 2018a, p. 103.

⁶² A favor: Par. da PGR n.º 6/2019 (Concl. 7.ª); Entendimento do TC italiano – Ballestrero, 2005, p. 178. Contra: Ramalho, 2012, p. 502.

⁶³ Par. da PGR n.º 1/1999 (Concl. 8.ª).

⁶⁴ Matos, 2018, p. 21.

⁶⁵ Existe, porém, quem entenda que o incumprimento dos serviços mínimos não leva à ilicitude da greve – Fernandes, F., 2010, pp. 589-590; Par. da PGR n.º 41/2011 (concl. 6.ª).

⁶⁶ No mesmo sentido: Abrantes, 2012, p. 110; Ramalho, 1994, p. 77; Martinez, 2017, p. 1272.

⁶⁷ Canotilho & Leite, 1999, p. 27; González, V., 2016, p. 77.

⁶⁸ Gernigon, Otero & Guido, 1998, p. 42; Leite, 2013, p. 359; Reis, 2017, pp. 214, 217; Cordeiro, 2019, p. 815; Ac. do STJ de 04/10/1995; Fernandes, A., 2013, p.39-40, 118; CE, 2018b, p. 132 – Tendo sido declarado tal entendimento, entre outras, na Decisão n.º 32/2005, § 24 do CDES, relativa à Bulgária, na qual a CDES declarou que o exercício do direito à greve tem de ser conciliado com o art. G da CSE, que se refere, em termos gerais, à salvaguarda dos princípios fundamentais de um Estado de Direito democrático.

⁶⁹ Moreira & Canotilho, 2007, p. 758; Concl. do Adv.-G. no Ac. *Viking* do TJUE, § 23; Concl. do Adv.-G. no Ac. *Laval* do TJUE, § 81, 85; Miranda & Medeiros, 2017, p. 820; Par. da PGR n.º 123/76-B; Par. da PGR n.º 100/89; Martinez, 2017, p. 1215.

⁷⁰ Abrantes, 2004, p. 206; CE, 2018a, p. 103; Canotilho & Leite, 1999, p. 27.

⁷¹ CE, 2018b, p. 103; Moreira & Canotilho, 2007, p. 757; Gomes, 2014, p. 85; Concl. do Adv.-G. no Ac. *Viking* do TJUE, § 66; Ac. do TEDH de 08/09/2014, § 85. A OIT, aliás, afirma, que as restrições ao direito à greve não podem ser implementadas por considerações de base económica – OIT, 2018, § 791.

⁷² Ac. *Viking* do TJUE, § 57-58, 66; Ac. *Laval* do TJUE.

deve, o direito à greve, ser exercido dentro dos parâmetros do princípio da proporcionalidade⁷³, sob pena de desvirtualização do direito fundamental de todos os trabalhadores.

Ao invés, devem os seus limites ser interpretados restritivamente⁷⁴, de forma a não gerar a ineficácia deste direito⁷⁵ ou a efetuar-se a aferição dos motivos do seu exercício⁷⁶.

Tais restrições visam, em consequência, evitar que a atividade grevista ofenda a liberdade de trabalho dos não grevistas, impedindo-a ou restringindo-a ou, que tal exercício do direito, cause prejuízos na liberdade económica do empregador, designadamente causando danos nos instrumentos de trabalho ou, implicando o pagamento de salários por trabalho efetivamente não prestado⁷⁷.

Em suma, tais limites espelham, tão só, a proteção dos bens jurídicos fundamentais ofendidos pelo exercício do direito à greve para além do razoável e expectável, em cumprimento da defesa do regular exercício de direitos típicos de um Estado de direito democrático.

Assim, de acordo com a OIT, a greve quando ferida de alguma ilicitude, por corresponder a um exercício injusto de um direito, dá lugar à responsabilidade civil⁷⁸. Este é, também, o entendimento que vigora no panorama internacional, entre outros países: na Alemanha⁷⁹, Argentina, Austrália, Chile, Coreia do Sul, Espanha, Itália, Israel, Países Baixos⁸⁰. Tal conceção é igualmente partilhada por parte da Doutrina⁸¹ e pela PGR – espelhada no seu Par. n.º 123/76-B – nos termos que adiante exporemos com mais detalhe, a propósito dos piquetes e das associações sindicais, por ser este o objeto desta dissertação.

2.2. Os limites de atuação do piquete de greve

A definição dos limites de atuação do piquete de greve e a admissibilidade de proibição normativa da atuação para além destes⁸² não levanta grandes problemas, quer em termos nacionais, quer internacionais. De tal modo que o art. 533.º do CT identifica expressamente tais limites: a proibição da violência e a liberdade de trabalho dos não aderentes.

Em primeiro lugar, destaca-se a relação intrínseca entre estes dois limites, proibindo-se o uso da violência⁸³ – física ou psicológica – incluindo as ameaças dos membros do

⁷³ Neste sentido: Moreira, P., 2014, p. 169; Gomes, 2017, p. 172; Ramalho, 2012, p. 439; Abrantes, 2012, p. 110. Contra: Ac. *Viking* do TJUE, § 43-47; Ac. *Laval* do TJUE, § 91, 93, 95; Mestre, 2014, p. 91.

⁷⁴ Alcalá, et al, 2015, p. 57.

⁷⁵ CE, 2018a, p. 102.

⁷⁶ Lamegas, 2017, p. 196.

⁷⁷ Ray, 1985, pp. 381-384; Xavier, 1984, pp. 286-287.

⁷⁸ Gernigon, Odero & Guido, 1998, p. 43.

⁷⁹ Zachert, 2005, p. 118.

⁸⁰ Núñez, 2014, pp. 90-91; Pittard, Naughton, 2014, pp. 111-112; Morgado-Valenzuela, 2014, p. 137; Bar-mor & Horovitz, 2014, p. 325; Pascucci, 2014, pp. 345-346; Houwerzijl & Roozendaal, 2014, p. 424; Lee, 2014, pp. 502-503; Guastavino, 2014, p. 519.

⁸¹ Mallet, 2014, p. 113 – o Autor defende a aplicabilidade da responsabilidade civil no Brasil para os atos omissivos e de instigação. No mesmo sentido: Canotilho & Leite; 1999, p. 41; Xavier, 1984, pp. 286-287; Ramalho, 2012, p. 502; Cordeiro, 2019, p. 815.

⁸² OIT, 2006, § 649-651.

⁸³ *Ibidem*. Martinez, 2017, pp. 1244-1245 – de destacar que o Autor propõe, nestes casos, a aplicação do regime da anulabilidade da declaração de adesão à greve, por se verificar um vício da vontade declarada.

piquete aos não aderentes⁸⁴ e o sequestro, por forma a tornar possível aos trabalhadores a tomada de uma decisão livre, voluntária e consciente, de adesão, ou não, à greve⁸⁵.

Quanto a este ponto, cumpre destacar a condenação da OIT e, bem assim, do Estado do Burundi, por estes atos, designadamente pela decisão n.º C-2548 do CLS, envolvendo atos de violência do piquete contra a administração da universidade onde decorria a greve.

A estas restrições junta-se, por força da liberdade de trabalho, a proibição da fiscalização ou do bloqueio dos acessos à empresa, já firmada pela PRG, bem como pela Jurisprudência e Doutrina nacionais⁸⁶.

Neste domínio, é igualmente chamada à colação a liberdade de iniciativa económica do empregador, bem como a condenação da destruição patrimonial da empresa e dos seus bens⁸⁷.

Cumpre salientar que, o CLS também já se pronunciou neste sentido, em duas ocasiões, envolvendo o UK e a Colômbia: respetivamente, C-2473 – relativo à ilegal obstrução pelo piquete de greve dos acessos à empresa, via pública e habitações adjacentes – e C-2668 – em que os grevistas bloquearam os acessos às instalações da empresa e desencadearam atos de violência contra a polícia.

Questão problemática é a relativa ao acesso à empresa pelos membros dos piquetes e o seu confronto com a eventual perturbação da liberdade de trabalho. Neste âmbito, o Pensamento Jurídico divide-se entre vozes a favor⁸⁸ e contra⁸⁹. É ainda de realçar que qualquer posição nesta temática terá de considerar a necessidade de sujeição dos trabalhadores às regras da empresa, designadamente ao regulamento interno, nas mesmas circunstâncias que tal sujeição ocorreria se a greve não se desenrolasse naquele momento⁹⁰.

Creemos dever ser este o ponto de partida no que concerne a esta matéria, aceitando tal acesso, ressalvados os limites normativos da proibição da violência e da liberdade de trabalho de não aderentes, em sentido amplo.

No que diz respeito à culpa dos membros dos piquetes, tendo em conta a intencionalidade e voluntariedade dos comportamentos referenciados, esta tem de se dar por verificada, a título de dolo ou, quanto às atuações que se encontrem nas zonas cinzentas de ultrapassagem dos limites do direito à greve, a título de mera negligência. Contudo, a valoração a efetuar deverá, sempre, consubstanciar-se num juízo concreto do decisor.

Certo é, que todos estes limites devem ser examinados casuisticamente⁹¹, pois a sua verificação leva à perda das imunidades garantidas pelo direito à greve, as quais não podem, nem devem ser aferidas em abstrato. Daí que se reclame, quando possível, a

⁸⁴ Fernandes, A., 2014, p. 840.

⁸⁵ *Idem*, 2013, pp. 60,62; Moreira & Canotilho, 2007, p. 751.

⁸⁶ *Ibidem*; Ramalho, 1994, p. 29; Ac. do TRL de 06/11/1991; Ac. do TRL de 04/12/1990; Par. da PGR n.º 61/1979.

⁸⁷ Gernigon, Otero & Guido, 1998, p. 45.

⁸⁸ Mas, ressalvando-se sempre a liberdade de trabalho: Ac. do TRL de 23/01/2002; Ac. do TRE de 15/11/2018; Par. da PGR n.º 48/78; Martinez, 2017, pp. 1243-1244 – aceitando, o Autor, tal acesso quanto aos espaços comuns da empresa.

⁸⁹ Fernandes, A., 2014, p. 839; Ramalho, 2012, p. 463 – para a Autora, releva, ainda, o poder do empregador de recusar a entrada, ao abrigo dos seus direitos de propriedade e gestão da empresa.

⁹⁰ Franco & López, 2013, p. 70; Cordeiro, 2019, pp. 816-817.

⁹¹ *Ibidem*; Ac. do TRE de 15/11/2018.

aplicação da responsabilidade civil aos membros do piquete, na vertente contratual, pela violação dos deveres acessórios de conduta do contrato de trabalho, que se não suspendem⁹² – ou seja, por violação, entre outras, da obrigação de boa fé para com o empregador – ou, na vertente extracontratual⁹³, nomeadamente enquanto abuso de direito⁹⁴.

Menos consenso se atinge no que concerne aos efeitos da ilicitude da atuação do piquete na greve. Cremos que a solução passa pelo reconhecimento da ilicitude da própria greve⁹⁵, por ser este o entendimento mais conforme ao normal funcionamento lógico do sistema jurídico, em caso de ofensa do mesmo pelo exercício irregular de um direito. Tanto assim é que, esta é a realidade de muitos Estados democráticos de Direito⁹⁶, nomeadamente da Colômbia, Equador, França, Irlanda e México.

2.3. O incumprimento dos deveres de gestão dos sindicatos como violação do princípio da boa fé nos conflitos coletivos

Referiu-se, já, quando nos debruçámos sobre o papel das associações sindicais na greve, quais os direitos, interesses e obrigações de que estas são titulares à luz da lei portuguesa.

Ora, os limites aplicáveis às associações sindicais no exercício da greve, além dos gerais, são também a violação desses mesmos direitos, interesses e obrigações próprios. A saber: a comunicação do aviso prévio; a obrigação de assegurar os serviços mínimos e a manutenção das instalações e equipamentos; o diálogo de superação do conflito; a organização e coordenação dos piquetes⁹⁷.

No que diz respeito ao aviso prévio, este consubstancia-se na declaração de comunicação da realização da greve ao empregador e ao Ministério do Trabalho, a realizar pelos sindicatos em prazo legalmente estabelecido, de acordo com a natureza da empresa (n.º 1 do art. 534.º do CT). Tal declaração tem de ser realizada por “meios idóneos”, isto é, de forma a garantir pelos destinatários a cognoscibilidade da sua mensagem⁹⁸ (n.º 2 do art. 534.º do CT) e conter, obrigatoriamente, a indicação do início e termo da greve – no caso de este existir⁹⁹ – dos motivos que a fundamentam – de forma a permitir ao empregador conhecer as pretensões que lhe dão causa¹⁰⁰, possibilitando ainda uma decisão informada de adesão dos trabalhadores. Por fim, são igualmente elementos necessários do aviso prévio de greve as propostas de estabelecimento dos serviços mínimos (arts. 534/3/4, 537º e 538º do CT) e de negociação do conflito. Como tal, esta declaração

⁹² Fernandes, A., 2013, p. 62; Caso C-2473 do CLS.

⁹³ Ramalho, 1994, p. 31; Par. da PGR n.º 61/1979; Franco & López, 2013, p. 81; Souza, 2004, pp. 148, 151; Martínez, 2017, p. 1246.

⁹⁴ Par. da PGR n.º 48/78; Caso C-2548 do CLS; Caso C-2668 do CLS; Dorssemont et al., 2015, p. 47; Carby-Hall, 2005, pp. 46-48; Xavier, 1984, p. 183.

⁹⁵ No mesmo sentido: Fernandes, A., 2013, pp. 62, 158; Ramalho, 2012, p. 463; Xavier, 1984, p. 184.

⁹⁶ López & Navarro, 2014, p. 162; Huacón, 2014, p. 188; Kessler, 2014, p. 228; Kerr, 2014, p. 313; Sánchez, 2014, p. 411.

⁹⁷ Quanto a este último tema, por lhe reservarmos um cap. próprio (cap. 4), face à suma importância que entendemos revestir para o objeto desta dissertação, não nos iremos pronunciar por agora, remetendo para as considerações aí constantes.

⁹⁸ Ramalho, 2012, p. 452.

⁹⁹ Uma vez que o nosso sistema jurídico aceita as greves por tempo indeterminado. Neste sentido: Fernandes, A. 2014, p. 834.

¹⁰⁰ Martínez, 2017, p. 1232.

reveste, de acordo com a PRG, a natureza de “formalidade essencial do processo grevista”¹⁰¹, implicando a sua violação a não admissibilidade da greve e a sua conformação como *selvagem*¹⁰² ou *surpresa*¹⁰³, acarretando a ilicitude da mesma¹⁰⁴, pelo não preenchimento do requisito fundamental de legitimidade da ação coletiva.

No que concerne à obrigação de assegurar os serviços mínimos, estes correspondem à “quota de prestação laboral que não pode ser interrompida ou suspensa, sob pena de lesão dos direitos fundamentais dos cidadãos”¹⁰⁵, definição que levaremos para a obrigação de manutenção das instalações e equipamentos, cujo regime consta do CT (arts. 537.º e 538.º). Enquanto expressão de um equilíbrio de direitos e interesses protegidos juridicamente¹⁰⁶ e afloramento do instituto da colisão de direitos¹⁰⁷, estes limites do direito à greve¹⁰⁸ são os únicos que têm consagração constitucional (n.º 3 do art. 57.º da CRP). Em consequência, o seu incumprimento gera a ilicitude da própria greve¹⁰⁹. Incumprimento que deve ser imputável a quem, em primeira linha, está encarregue da sua observação, em cada caso concreto, ou seja, às associações sindicais¹¹⁰.

Quanto às funções de diálogo como forma de superação do conflito coletivo, expresso na greve, estas não são mais do que a afirmação clara do dever de boa fé, legalmente imposto aos sindicatos e aos trabalhadores, no decorrer de qualquer conflito ou ação coletiva de trabalho (art. 522.º do CT).

Assim, apesar de as funções de diálogo, como forma de superação da greve, serem a expressão mais clara desse dever fundamental da Ordem Jurídica portuguesa, concretizado neste âmbito – de forma direta e expressa no CT (art. 522.º) – certo é que, sem exceção, todos os interesses, obrigações e direitos das associações sindicais são da mesma expressão, levando a que os seus incumprimentos sejam, igualmente, uma violação do princípio da boa fé¹¹¹.

Por este motivo, terá de se acrescentar como limites à atuação sindical todos os comportamentos desonestos, incorretos ou desleais dos sindicatos, designadamente a proibição de coação dos não aderentes, em respeito pela sua liberdade de trabalho¹¹².

Face ao exposto, tem-se por configurada a verdadeira gestão, coordenação e controlo da greve pelos sindicatos, através das suas prerrogativas, poderes e obrigações no desenvolvimento da greve.

Tem-se, como tal, por demais demonstrado que “o sindicato não é, pois, apenas a boca que declara a greve [...] e também não é uma entidade que se possa servir quando

¹⁰¹ Par. da PGR no Proc. n.º 156/81.

¹⁰² Ramalho, 2012, p. 456; Souza, 2004, pp. 85-86.

¹⁰³ Fernandes, A. 2014, p. 832; Alcalá, et al., 2015, p. 58.

¹⁰⁴ *Ibidem*; Ramalho, 1994, p. 36; Par. da PGR n.º 6/2019 (Concl. 9.ª); Abrantes, 2012, p. 110.

¹⁰⁵ Fernandes, F., 2010, p. 457.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 460.

¹⁰⁷ Ramalho, 1994, p. 59.

¹⁰⁸ Fernandes, F., 2010, p. 457.

¹⁰⁹ Gomes, 2010, pp. 233-234; Ac. do TRL de 21/10/1992. Contra: Fernandes, F., 2010, pp. 589-590 – fundando o Autor a sua argumentação na titularidade do direito à greve, que exigiria uma responsabilidade individual de cada trabalhador.

¹¹⁰ Par. da PGR n.º 1/1999.

¹¹¹ Quanto às *greves selvagens*: Souza, 2004, pp. 85-86; Reis, 2017, p. 216; Cordeiro, 2019, p. 806.

¹¹² Fernandes, A. 2013, p. 150.

entender do que quiser. Verdadeiramente, o sindicato é a entidade que coordena e gere a acção por ele programada ou por ele declarada”¹¹³.

Por outro lado, sendo estes poderes, prerrogativas e obrigações, atos voluntários, expressos em comportamentos ilícitos, por ação ou omissão, a aferir no caso concreto, a mais das vezes, poderão ser imputados às associações sindicais a título de mera negligência ou, até, de dolo.

O mesmo é afirmar a possibilidade de imputação da ilicitude, contida no incumprimento, por meio da responsabilidade civil, aos gestores da greve. Imputação que já vimos ser aceite por algum setor da Doutrina, no caso do aviso prévio de greve, mas que encontra obstáculos num setor considerável do Pensamento Jurídico, em virtude da não titularidade do direito¹¹⁴ pelas associações sindicais ou, por força da quebra do nexó causal¹¹⁵.

Porém, existem igualmente vozes, às quais nos juntamos, que clamam pela responsabilidade dos sindicatos enquanto gestores da greve¹¹⁶.

Acresce que, este último entendimento parece ser também o da OIT, expresso no C-2472 do CLS, relativo a um caso de responsabilização cível, passado na Indonésia, dos líderes sindicais que dirigiam uma greve, em que os grevistas destruíram um portão da empresa.

Igualmente se verifica a afirmação da responsabilidade civil dos gestores da greve noutros ordenamentos jurídicos, tanto na pessoa dos dirigentes sindicais, como através dos sindicatos, como por exemplo na Alemanha, Austrália, África do Sul, Colômbia, Equador, Hungria, Itália, Israel, Lituânia, Polónia, República Checa, UK, Rússia, Turquia, USA¹¹⁷, bem como da Dinamarca e Suíça¹¹⁸. Esta responsabilidade, em Portugal, foi já afirmada pela PGR, nos seus Par. n.º 1/1999 e n.º 6/2019.

Por fim, cabe evidenciar que, dada a violação de deveres de boa fé, esta responsabilidade poderá ser efetivada por abuso de direito, nos termos abordados no ponto seguinte.

2.4. O abuso de direito

O instituto do abuso de direito está consagrado no artigo 334.º do CC, apresentando-se como um “instituto multifacetado, internamente complexo e que prossegue, *in concreto*, os objectivos últimos do sistema”¹¹⁹, numa lógica de “última *ratio* de sindicância da ilicitude”¹²⁰, por meio do respeito pelos “limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito”. Trata-se, verdadeiramente, de

¹¹³ Canotilho & Leite, 1999, p. 19.

¹¹⁴ Souza, 2004, pp. 78, 161; Fernandes, F., 2010, pp. 589-590. É este, também, o sistema vigente no Chile.

¹¹⁵ Quanto a esta questão voltaremos a ela em momento adequado, pois a sua importância dita a necessidade de ser tratada em cap. próprio (cap. 5).

¹¹⁶ Ramalho, 2012, p. 499; Martinez, 2017, pp. 1228, 1278, 1280; Ray, 1985, p. 366 – limitada, para o Autor, à incitação a condutas ilícitas.

¹¹⁷ Waas, 2014a, pp. 66-67; *ibidem*, 2014b, p. 255; Pittard & Naughton, 2014, pp. 112-113, 126; López & Navarro, 2014, p. 164; Hurka, 2014, p. 174; Kessler, 2014, p. 230; Kajtár & Kun, 2014, p. 296; Kerr, 2014, p. 313; Petrylaitè, 2014, p. 381; Grzebyk, 2014, pp. 445-446; Centel, 2014, p. 546; Prassl, 2014, p. 561.

¹¹⁸ Dorssemont & Hoek, 2010, pp. 235, 236.

¹¹⁹ Cordeiro, cap. 3. III.

¹²⁰ Carvalho, O., 2012, pp. 117 ss.

uma “válvula de segurança para as inquietudes a que as normas jurídicas formuladas abstratamente, podem conduzir na sua aplicação a determinados casos concretos”¹²¹, a aplicar nas situações de “exercício anormal do direito”, porque em consonância com a sua estrutura formal, “mas violando a sua afectação substancial, funcional, ou teleológica”¹²², ou seja, os seus limites materiais de exercício do direito.

O preenchimento do abuso de direito não exige a consciência desse abuso¹²³, mas tão só a violação dos: (i) princípios fundamentais da ordem jurídica que tutelam a confiança e a dimensão material deste sistema¹²⁴ – ou boa fé –; (ii) dos valores historicamente situados da consciência social dominante¹²⁵ – ou bons costumes –; (iii) da valoração teleológica de interpretação melhorada das normas¹²⁶ – ou fim social ou económico do direito. Verificados tais requisitos, há dever de indemnizar¹²⁷.

Cumpra, assim, aferir da aplicação destes requisitos ao exercício do direito à greve.

Mencionámos já que o direito à greve está associado a uma ideia de causar prejuízo, como forma de ver satisfeitas as pretensões da greve, sendo tal forma de execução perfeitamente legítima. Sucede que o mesmo já não é, nem pode ser, extensível ao exercício da greve de forma a proporcionar danos além do razoável ao empregador, isto é, não podem valer como exercício legítimo do direito à greve as manifestações que provoquem um dano injusto ou excepcional¹²⁸. Este raciocínio lógico já foi oportunamente explanado pela PGR, a propósito da greve “self-service” e das greves rotativas ou articuladas – respetivamente, Par. n.º 1/1999 e n.º 6/2019 – sendo também esta a ideia dominante na jurisprudência francesa, onde vigora o “critério do exercício normal da greve” para aferir a licitude da mesma¹²⁹ e, onde se tem como abusiva qualquer greve que afete a sobrevivência da empresa¹³⁰.

Atualmente, também um setor representativo do Pensamento Jurídico nacional e internacional, em consonância com o que é a Doutrina da OIT¹³¹ e da CSE¹³², já reconhece a existência de greves abusivas¹³³, bem como a aplicação do respetivo instituto ao direito à greve¹³⁴, embora com diferentes perspetivas. De entre estas, destaca-se o relevo apenas das “greves” que não correspondem a interesses socioeconómicos dos trabalhadores¹³⁵,

¹²¹ Serra, 1959, p. 318.

¹²² Varela, J., 2000, p. 544.

¹²³ *Ibidem*, p. 545.

¹²⁴ Cordeiro, s. d., cap. 2. III.

¹²⁵ Serra, 1959, p. 294.

¹²⁶ Cordeiro, s. d., cap. 2. IV.

¹²⁷ Serra, 1959, pp. 85, 245, 319; Varela, J., 2000, p. 544.

¹²⁸ Pegorer, 2017, pp. 565, 566. Este é, igualmente, o entendimento vigente em Espanha – González, F., 2005, p. 222.

¹²⁹ Ray, 1985, p. 360.

¹³⁰ Kessler, 2014, p. 229.

¹³¹ Gernigon, Otero & Guido, 1998, p. 56.

¹³² CE, 2018b, p. 132 – Tendo sido declarado tal reconhecimento, entre outras, na Decisão n.º 85/2012, § 119 do CDES, relativa à Suécia, onde o CDES, igualmente declarou que os Estados vinculados pela CSE poderiam legislar no sentido de evitar a verificação de greves abusivas.

¹³³ Souza, 2004, pp. 143-144; Xavier, 1984, pp. 78-79.

¹³⁴ Fernandes, A., 2013, pp. 39-41; Miranda & Medeiros, 2017, p. 820; Mallet, 2014, pp. 45, 107 ss.; Gomes, 2014, p. 62; Serra, 1959, p. 313.

¹³⁵ Fernandes, A., 2013, p. 33.

ou as perspectivas para as quais apenas se admite um abuso de direito pela violação da boa fé ou dos bons costumes¹³⁶.

Concretamente no que ao piquete de greve diz respeito, já mencionámos que o desrespeito pelos limites da sua atuação dá lugar à aplicação deste instituto, que vimos explicitando¹³⁷. Isto por se configurar num exercício de um direito que não se enquadra no tutelado e protegido à luz do direito à greve, ou seja, por ser contrário aos fins do direito e dos bons costumes, nos casos de violência¹³⁸.

Tal ideia foi igualmente enfatizada pelo TC espanhol¹³⁹, sendo a opinião minoritária em Espanha¹⁴⁰ e a dominante em França¹⁴¹.

Ademais, em Portugal a PGR, uma vez mais, já o reconheceu expressamente nos seus Par. n.º 48/78 e n.º 61/79.

Por outro lado, é esta também a posição da OIT, espelhada em diversos casos da CLS, entre os quais, os já explanados C-2548 – relativo ao Estado do Burundi – e C-2668 – passado na Colômbia.

A estes acrescentamos, por revelarem o reconhecimento do exercício abusivo dos piquetes em casos de violência agravada que vieram a configurar a prática de crimes, nos Estados nacionais, os casos da CLS: (i) C-2602 – passado na Coreia do Sul, onde os membros dos piquetes obstruíram os acessos da empresa, acabando por destruir os mesmos –; (ii) C-2946 – onde os membros do piquete praticaram atos de extrema violência, na Colômbia – e (iii) C-2960 – no mesmo país, onde durante uma greve de professores, o piquete atirou petardos sobre a polícia.

Quanto aos sindicatos, aferiu-se em 2.3 que o incumprimento dos limites de exercício das suas prerrogativas comportava a violação do princípio da boa fé, podendo dar origem à sua responsabilização por meio de uma ilicitude consubstanciada em abuso de direito. Este regime tem, igualmente, raízes na Grécia, em Israel e na Rússia¹⁴².

No contexto da UE, a mesma ideia de excesso da atividade sindical para além do albergado pelo Direito foi afirmada no caso *Laval*¹⁴³, bem como em *Viking*¹⁴⁴, em que os Advogados-Gerais, nas suas Conclusões, destacaram como ação abusiva dos sindicatos, os atos que impedissem a ação de outras associações sindicais.

Cumpre, ainda, realçar, no âmbito da OIT, o caso C-2472 da CLS, já *supra* explanado, no qual a conduta dos dirigentes sindicais foi considerada abuso de direito.

¹³⁶ Xavier, 1984, p. 83.

¹³⁷ No mesmo sentido: Xavier, 1984, p. 183.

¹³⁸ Neste sentido, *vide* o terceiro voto de vencido, da autoria da Juíza do TC espanhol Roca Trias, no Ac. n.º 69/2016 desse Tribunal. Neste, Roca Trias refere que, o direito à greve não é absoluto e, mesmo não sendo a responsabilidade civil um limite ao seu exercício, é-o a atuação ilícita e violenta, que causa danos, do piquete, devendo os membros deste e, em especial, o dirigente do piquete, ser responsabilizado – *apud* Varela, A., 2016, p. 100.

¹³⁹ González, F., 2005, pp. 211-212.

¹⁴⁰ Franco & López, 2013, p. 73.

¹⁴¹ Kessler, 2014, p. 230.

¹⁴² Bakirtzi, 2014, pp. 278-280; Bar-mor & Horovitz, 2014, p. 325; Lyutov, 2014, p. 463 – estando reservada, neste último país, às situações em que a greve não termina na sequência da declaração judicial de ilicitude da mesma.

¹⁴³ Concl. do Adv.- G. no Ac. *Laval* do TJUE, § 233.

¹⁴⁴ Concl. do Adv.- G. no Ac. *Viking* do TJUE, § 71.

Aqui chegados, cabe salientar a modalidade de abuso de direito preenchida pela conduta dos piquetes e dos sindicatos – o *tu quouque*. Esta consubstancia-se na violação de uma norma jurídica por um sujeito, seguida do exercício, pelo mesmo, da posição jurídica garantida por tal norma, como se a violação não tivesse ocorrido¹⁴⁵. Funda-se na ofensa clamorosa da materialidade subjacente ao direito, numa clara expressão do princípio da boa fé no caso concreto, com a particularidade de a exigência à contraparte do comportamento que deveria observar, se não fosse a violação, aparentar um respeito formal do direito, por corresponder ao normal exercício deste¹⁴⁶.

Ora, o exposto é, sem mais, a descrição exata das ilicitudes observadas na realidade prática e jurídica, na atuação dos piquetes e dos sindicatos.

Reformulando, uma vez conhecidas e explanadas as causas de ilicitude da atuação dos piquetes e sindicatos e, atenta a violação, em toda a linha, da boa fé que se lhes impõe como princípio geral de direito, quer através de uma consagração expressa no CT (art. 522.º) – quanto aos sindicatos – quer através dos deveres acessórios de conduta do contrato de trabalho, que se não suspendem – no que toca aos piquetes –, terá de se impor esta configuração como resposta do sistema jurídico nacional.

Isto porque, posicionarmo-nos de outro modo, salvo o devido respeito por opiniões diversas, é aceitarmos que os sujeitos que não titulares do direito à greve, mas tão só, de direitos de exercício menores, nele ínsitos – mas que, mesmo assim, como demonstrado, têm enorme preponderância na sua execução –, possam desvirtuar o basilar direito fundamental dos trabalhadores, para, em seguida, exigir um acatamento da situação de facto, como se a mesma não fosse ferida de ilegalidade, em clara violação do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos.

Seria, em suma, a declaração universal da tolerância do Estado democrático de comportamentos anti-sistema que põem em causa o direito mais democrático dos trabalhadores enquanto tais – desvirtuando-o internamente – sem que aos verdadeiros titulares, enquanto coletividade, se possa imputar tais comportamentos, porque lhes são estranhos, visto que os não realizaram, nem se sabe se são deles conhecidos, desejados ou, sequer, tolerados.

3. A necessidade de efetivar a responsabilidade civil de sindicatos e piquetes e a intencionalidade dessa responsabilização – a afirmação da exigência de manutenção das imunidades dos trabalhadores

Chegados a este ponto, cabe esclarecer que a consagração e concretização da responsabilidade civil de quem dirige o exercício da greve – competência dada pela lei portuguesa aos sindicatos, e igualmente exercida na prática pelos piquetes por força da coordenação sindical – não pode ser uma mera tese proclamada pela Doutrina, Jurisprudência e demais fontes de direito, nacional e internacional, que reconhecem no direito à

¹⁴⁵ Cordeiro, s. d., cap. 12. I.

¹⁴⁶ Cordeiro, s. d., cap. 12. III.

greve a expressão fundamental do que deverão ser as relações laborais e o seu desenvolvimento num Estado democrático de direito.

Ao invés, a consagração e concretização desta responsabilidade reclamam efetividade no campo extracontratual, isto é, por violação da lei, de direitos subjetivos de terceiros, da contraparte e dos próprios trabalhadores, bem assim como por abuso de direito. Acresce que merecem igualmente aplicação no campo objetivo na modalidade de responsabilidade das associações sindicais, enquanto comitentes, pela atuação do piquete, como comissário, conforme adiante se explicitará, no cap. 4.

Referiu-se no cap. anterior que muitos são os países que reconhecem essa responsabilização. Cabe agora referir a posição do ordenamento jurídico português.

O CT, como já mencionado, regula os efeitos da greve – formal ou materialmente – ilícita, no seu art. 541.º. Este reflete, com grande intensidade, no seu n.º 2, o princípio da responsabilização de todos os intervenientes da greve, através do sistema remissivo para os termos gerais do CC¹⁴⁷, corretamente acentuando o cumprimento do princípio estruturante da boa fé, previsto no art. 522.º do CT¹⁴⁸.

Princípio este que, como aferido, é muitas vezes violado nos casos de greves ilícitas, por via da atuação de sindicatos e piquetes.

Reformulando, a própria lei portuguesa ao declarar tal responsabilidade desvaloriza os argumentos utilizados por aqueles que não a reconhecem, nomeadamente o argumento da titularidade, isto porque, como observado, as normas incumpridas estão, também elas, bem expressas no CT.

Em conclusão, este art. 522.º do CT estabelece, de forma clara e categórica, a responsabilidade civil de todos os intervenientes da greve por todos os seus atos ilícitos, quer estes englobem a dimensão formal ou material do direito à greve.

Ademais, existem outros elementos do próprio regime sistemático da greve que reclamam tal responsabilização: por um lado, a necessária salvaguarda da posição dos trabalhadores; por outro, as funções da própria responsabilidade civil; por fim, a obrigatoriedade de aplicação dos princípios do primado e da interpretação conforme ao Direito da UE, pelo Estado português.

Relativamente à posição a assegurar aos trabalhadores, no caso de violação pelos sindicatos e piquetes do seu papel jurídico neste domínio, é de salientar que o regime da greve sempre visou garantir que o seu exercício, pelos verdadeiros titulares, em condições de legalidade, não implicava a existência de represálias, por qualquer outro sujeito. Garantia esta que é, aliás, diretamente salvaguardada pela CRP (no art. 57.º) e pelo CT (nos art. 540.º, *in fine* e, n.º 3 do art. 542.º). Como evidenciado, é a lei que expressamente afirma que, mesmo nos casos em que o direito à greve foi limitado contratualmente entre os sindicatos e o empregador por meio da CCT aplicável, caso exista uma falta contratual¹⁴⁹, a mesma não pode ser imputável ao trabalhador, a título de faltas disciplinares e/ou de responsabilidade civil (n.º 1 e 2 do art. 541.º e, n.º 3 do art. 542.º do CT).

¹⁴⁷ Martinez, et al., 2009, pp. 1294-1295, 1313.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 1313.

¹⁴⁹ Falta esta que é, também, suscetível de responsabilidade civil, na vertente contratual. Contudo, por motivos ligados ao âmbito deste trabalho, optámos por não nos pronunciarmos sobre a mesma.

Por essa razão, parte da Doutrina – com a qual nos encontramos – refere que, também nos casos de ilicitude da greve não imputável à ação dos trabalhadores – como aqueles em apreço, em que a ilicitude da greve se deve à ação dos seus gestores – devem os mesmos, porque ignorantes da violação, devido à confiança depositada nos que deveriam ser os seus representantes, manter a imunidade que auferem à luz do exercício lícito, isto é, normal do direito¹⁵⁰.

Dito de outro modo, pensamos que a violação por parte dos sindicatos dos seus deveres e o exercício além dos seus direitos, neste domínio, não pode ser imputável aos trabalhadores e, em consequência, ter efeitos na sua esfera jurídica.

Isto porque, salvo o devido respeito por melhor entendimento, pensar de outro modo seria aceitar a imunidade de quem efetivamente cometeu a ilicitude, para o imputar àqueles que, na situação concreta, são terceiros à mesma ilicitude que não podem, nem devem conhecer. O que acontece, uma vez que estamos perante entidades, na sua generalidade, experienciadas e vividas no exercício grevista, dotadas de órgãos que lhes prestam apoio jurídico, apoio esse que igualmente concedem aos seus associados nas situações quotidianas, fugindo ao mero âmbito laboral.

Como tal, pela lógica da normalidade social não se pode censurar a conduta de quem confia na legalidade da ação desses entes, gestores da greve, com provas dadas neste domínio. Isto é, tal imunidade deve ser dada aos trabalhadores aderentes visto que, verdadeiramente, existe “uma confiança de legalidade aparente”, de elevado sedimento histórico e social e que, como tal, merece a tutela do Direito.

A nossa tese sedimenta-se, assim, na gestão da greve pelas associações sindicais na realidade portuguesa, a sua maioria, e com muito poucas exceções, organizadas, estrutural e hierarquicamente, em federações, uniões e confederações (alíneas b), c) e d) do n.º 1 do art. 442.º do CT) e que, por via desta organização multinível, são dotadas na nossa realidade presente, de uma vasta experiência na greve, traduzida num amplo poder jurídico e sobretudo social.

Em consequência, estas organizações não só conhecem a legislação grevista como a dominam, devido à sua quase imutação desde a última assunção democrática do direito à greve, com a Revolução de abril.

Assim, na nossa realidade prática, não só pode como deve o direito reconhecer que o mais natural é existir um tal grau de confiança dos trabalhadores na atuação destas associações durante a greve que justifique a sua adesão e conseqüente exercício deste direito nas situações em que este é exercido ilegitimamente por via da atuação dessas associações.

O mesmo é clamar pelo reconhecimento autónomo dessa “confiança de legalidade aparente” que sedimenta a imunidade destes últimos pelas violações daquelas associações, dos seus órgãos de gestão e dirigentes¹⁵¹.

¹⁵⁰ Martinez, 2017, p. 1279; Ramalho, 2012, p. 457.

¹⁵¹ Daí que, a nossa tese de gestão da greve como fundamento da responsabilidade civil, deste modo, não possa ser, na verdade, aplicável à comissão de greve. Razão pela qual não a enquadrámos aqui. Isto porque, a comissão de greve é um verdadeiro aglomerado de trabalhadores, o qual pode não possuir, nem conseguir possuir, qualquer apoio jurídico e, até, cumprir o que “leem da lei”, mas, devido à inexperiência no domínio legal, acabar por cometer algo ilícito. Ilícito que, em nossa opinião, não pode, nem deve ser valorado com

Ora, de mais um ângulo se realça que “ao declarar a greve o sindicato cumpre uma dupla função relevante: (i) configura ou traça, ainda que não o torne publicamente explícito, um espaço de actuação dentro do qual se deverão movimentar os eventuais aderentes e (ii) convida os seus destinatários a executarem a ação anunciada”¹⁵².

Quanto à aplicação desta lógica aos piquetes, uma vez que propugnamos pelo reconhecimento da responsabilidade objetiva dos sindicatos pela sua atuação – como se expõe no cap. 4, para o qual se remete – consideramos o exposto plenamente reproduzível, nesse âmbito.

Como explicado, esta lógica é também a mais condizente com a conformação desta representação pela PGR¹⁵³.

Acresce que o panorama internacional igualmente se revê em tal ideia.

A este propósito atente-se ao proclamado pelo TC francês, acompanhado pelo seu Tribunal Superior em matéria comum, que reconheceram que a afirmação da responsabilidade extracontratual dos sindicatos, como gestores da greve, se baseava numa ideia de igualdade perante a justiça, bem como na ideia de ressarcimento do dano, não podendo a legislação ignorar, neste âmbito, tais valores¹⁵⁴.

Por outro lado, no UK, observa-se na legislação e na prática jurídica, a responsabilização dos sindicatos por todos os atos dos seus órgãos, representantes ou filiados, existindo inclusivamente, um procedimento pelo qual os trabalhadores podem repudiar, perante o empregador, os atos ilícitos dos sindicatos, aquando do seu conhecimento, não sofrendo, assim, quaisquer efeitos dos mesmos¹⁵⁵.

Não se quer, com esta breve exposição comparatista, defender a aplicação do regime próprio de outros ordenamentos, porque o regime da greve é, fundamentalmente, histórico situado.

Pretende-se antes, e tão só, destacar o papel que a responsabilidade civil deve reaver num Estado de direito democrático e, cuja afirmação incumbe ao mesmo Estado efetivar, na sua generalidade, não sendo nem podendo ser o direito à greve – principalmente quando exercido por quem não é seu titular – exceção¹⁵⁶.

Do explanado aflorou-se já o segundo fundamento da necessidade de efetivação da responsabilidade, isto é, a função ressarcitória da responsabilidade civil. Esta reclama

uma censurabilidade comparável com a que se avalia a atuação dos sindicatos, experientes e vivenciados no fenómeno da greve.

Por maioria de razão, esta tese, apesar de aplicável, também não versará, na realidade jurídica portuguesa, a mesma intensidade quando aplicada às associações sindicais singulares, normalmente com uma história mais recente, e, ainda não integradas em qualquer outro nível de representatividade sindical que, por este motivo, não preencham o critério da “confiança na legalidade aparente”, com a mesma amplitude ou intensidade.

Apesar disso, é nossa opinião que, nestas duas díspares situações, ainda é de aplicar a manutenção da imunidade dos trabalhadores, restrita, porém, aos trabalhadores que não integram a comissão de greve ou que não desempenham funções de coordenação da greve sindical. Mas que se justifica, ainda, por força da mera aplicação do princípio da responsabilidade, segundo o qual esta é imputável a quem, efetivamente, se comportou ilicitamente, tendo a sua conduta, culposamente sido causa direta e adequada de tais danos.

¹⁵² Canotilho & Leite, 1999, p. 18.

¹⁵³ Designadamente no Par. da PGR n.º 1/1999.

¹⁵⁴ Ray, 1985, pp. 350 ss.

¹⁵⁵ Carby-Hall, 2005, p. 49.

¹⁵⁶ Em sentido semelhante: Ray, 1985, pp. 368 ss.

que, pelos comportamentos ilícitos culposos que geraram aqueles concretos danos, de forma direta e adequada, responda quem os causou. Ora, se nos casos em que nos debruçamos, os comportamentos ilícitos foram levados a cabo, não pelos trabalhadores, titulares do direito, mas pelos sindicatos e piquetes, titulares de interesses, obrigações e direitos ínsitos no direito à greve, e cuja ilicitude contamina todo o fenómeno que é a greve, deverão ser estes sujeitos, e só estes, a responder civilmente.

Por outro lado, e sem que se queira pôr em causa a primazia desta função ressarcitória¹⁵⁷, não se pode obliterar que a função primordial da responsabilidade civil revela, em si mesma, uma outra, acessória ou instrumental, mas de grande relevo na prática, a longo prazo – a repressiva ou sancionatória¹⁵⁸.

Destarte, o que se pretende com todo este raciocínio jurídico é afirmar a responsabilidade civil das associações sindicais na qualidade de gestoras da greve. Esta função instrumental ou acessória reclama a necessidade de efetivação da responsabilidade civil, permitindo aos verdadeiros titulares do direito à greve adquirir a segurança de não correrem o risco de verem a sua situação jurídica tornar-se ainda mais instável ao exercerem o seu direito basilar laboral – por força da aplicação do regime das faltas injustificadas e, consequentemente, da possibilidade de instauração de um procedimento disciplinar ou, até, de um despedimento com justa causa.

Por último, cabe salientar que, apesar de não partilharmos na íntegra todo o entendimento do TJUE em face dos Ac. *Viking* e *Laval* – designadamente de não ser possível, ou sequer imaginável, a transposição para o sistema jurídico português da aplicação dos princípios da proporcionalidade à greve ou da superioridade, sem mais, da liberdade de empresa (art. 16.º da CDFUE) – como *supra* explicitado, a afirmação e consagração efetiva da responsabilidade dos gestores, responsáveis e dirigentes da greve, são reclamadas pelos princípios do primado e da interpretação conforme ao Direito da UE, quando em casos de colisão de direitos, nos termos abordados no cap. anterior, para o qual se remete.

Em face de todos estes argumentos, julgamos que é tempo de a prática jurídica portuguesa efetivar e concretizar a responsabilidade civil dos gestores, coordenadores e dirigentes da greve, sendo esta constatação de facto e de direito e, as razões da sua necessidade, na verdade, o tema último desta dissertação.

Porém, aparte o problema da titularidade, já abordado – e cremos ultrapassado no cap. anterior – a efetivação desta responsabilidade depara-se, na sua consagração prática em Portugal, com o problema da quebra donexo causal, o qual abordaremos no cap. 5.

4. Responsabilidade objetiva dos sindicatos por atuação dos piquetes como expressão do dever de organização e coordenação dos piquetes pelas associações sindicais

O Código Civil consagra a responsabilidade objetiva ou independente da culpa no n.º 2 do art. 483.º. Reconhece o legislador, deste modo, as debilidades próprias da teoria da culpa, fundamento da responsabilidade subjetiva¹⁵⁹, em muitas situações da vida prá-

¹⁵⁷ Barbosa, 2017, p. 136; González, V., 2016, p. 71.

¹⁵⁸ Varela, J., 2000, p. 894.

¹⁵⁹ Varela, J., 2000, p. 631.

tica onde esta não permite assegurar a necessária função reparatória que guia o instituto da responsabilidade civil.

Neste âmbito, o artigo 500.º do CC regulamenta a responsabilidade do comitente pelos atos do comissário, a qual é aplicável, nos termos do artigo 165.º do CC, às pessoas coletivas, na atuação afirmativa ou omissiva dos seus “representantes, agentes ou mandatários”. Neste cap., cabe, assim, aferir da aplicação desta responsabilidade às associações sindicais, por via dos comportamentos ilícitos culposos do piquete.

A Doutrina não é unânime quanto aos fundamentos da responsabilidade civil objetiva em geral e, em especial, desta modalidade. Existindo vozes que afirmam que esta tem justificação numa função de garante da obrigação de indemnizar do comitente, aliada, em regra, à melhor condição económica deste¹⁶⁰.

Por outro lado, declara-se a função de tutela, conjugada com uma lógica de pedagogia social e segurança jurídica, como motivação da existência deste tipo de responsabilidade¹⁶¹.

Certo é que a responsabilidade do comitente se baseia numa “dupla imputação do dano”: primeiro ao comissário e, em seguida, e por força da primeira, ao comitente¹⁶². Para esta responsabilização se operar, têm de estar reunidos os seguintes pressupostos: (i) a possibilidade de aplicação da responsabilidade subjetiva ao comissário, (ii) a existência de uma verdadeira comissão, concretizada na afirmação de existência de (iii) um comissário – o qual praticou o comportamento ilícito culposo que causou danos – bem como, (iv) de um comitente – o qual responde civilmente perante o lesado, no papel que, segundo a teoria da culpa, seria do comissário.

Cumprir averiguar se, na greve, a associação sindical que declara a greve e o piquete, por ela criado, podem adquirir estas qualidades.

Na Doutrina nacional e internacional várias são, igualmente, as vozes que defendem tal aplicação¹⁶³, verificando-se ainda algumas posições que, não a aceitando, a afirmam quanto aos comportamentos dos dirigentes sindicais¹⁶⁴.

Outros entendimentos defendem, na aplicação da lógica aqui subjacente à responsabilidade subjetiva, a responsabilidade por instigação ou incitação dos sindicatos a condutas ilícitas¹⁶⁵.

Quanto a nós, já deixámos transparecer, para agora o declararmos expressamente, que consideramos que esta modalidade de responsabilidade civil deve ser aplicável e aplicar-se na prática.

Cumprir então aferir qual o fundamento de tal responsabilidade das associações sindicais. Este é, em nossa opinião, o poder e obrigação destas associações, na qualidade de gestoras da greve, por força da declaração da mesma, de organizar e coordenar o piquete (art. 533.º do CT).

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 646.

¹⁶¹ Moraes, 2008, p. 49.

¹⁶² Frada, 1998, p. 301; Trigo, 2009, p. 404.

¹⁶³ Ramalho, 2012, p. 502; Xavier, 1984, p. 289; Martinez, 2017, p. 1246; Souza, 2004, p. 144.

¹⁶⁴ Neste sentido veja-se quanto ao incumprimento da obrigação de serviços mínimos: Fernandes, F., 2010, p. 585.

¹⁶⁵ Mallet, 2014, p. 113; Ray, 1985, p. 366.

Ora, estabelecendo a lei este direito do sindicato de criar piquetes, o mesmo transforma-se em dever de coordenação e gestão da associação sindical, uma vez criado o piquete.

Ademais, mesmo que a lei o não previsse diretamente, tal posição e consequente obrigação resultaria também do poder de gestão dos sindicatos (art. 532.º do CT) devido à intensidade com que o mesmo é configurado jurídica e socialmente, como foi sendo explanado e concretizado, em vários trechos deste trabalho. Ou seja, mesmo que o CT não o reiterasse em norma expressa, esse direito adviria sempre da qualidade de gestoras das associações sindicais pois o sistema jurídico português estabelece e regula, de forma manifesta e evidente, a greve numa perspetiva orgânica¹⁶⁶, onde aparece como protagonista principal não o titular-trabalhador, mas o gestor-sindicato. Em virtude de tal organicidade, a greve tem, formalmente – e queremos acrescentar, porque cremos já estar em condições para o fazer, também materialmente – origem e coordenação sindical, que na prática se traduz numa quase perfeita obrigatoriedade de tal coordenação¹⁶⁷.

Daí que mais uma vez se revele que este papel de gestores dos sindicatos atinge uma intensidade tal que terá de se constatar que o “monopólio de declaração” inicialmente salientado não está já circunscrito apenas a esta. Deverá ser entendido como “monopólio de gestão e planeamento da oportunidade e do desenvolvimento da greve”, atingindo praticamente todas as suas vertentes, com exceção da efetiva titularidade que, na realidade, se traduz numa simples decisão de adesão ou não adesão à greve.

Face ao exposto, tem-se por estabelecida a relação intrínseca entre piquetes e sindicatos¹⁶⁸, isto é, não podem os primeiros existir, nas greves exclusivamente sindicais – e, portanto, na maioria das greves da realidade portuguesa – sem os últimos, sendo estes os seus criadores. Porém, uma vez criados, estes não se autogovernam, enquadrando-se, ao invés, no plano da greve estabelecido pelo gestor da mesma. Atuando de acordo com o que por ele foi, minuciosamente, estabelecido, desde a declaração de greve a todos os momentos subsequentes.

Dito de outro modo, também a persuasão – entregue aos piquetes – é realizada dentro do plano de ação definido pelas associações sindicais, sendo a maior ou menor adesão à greve conseguida através dos meios que melhor se coadunam com tal plano, previamente estabelecido e com o qual também os piquetes se conformam.

Assim se justifica a existência de um direito de criação de piquetes e de um consequente dever de os coordenar, como a “delegação prática” de uma das competências da associação sindical – a tarefa de garantir a adesão à greve.

Deste modo, e tendo presente que a função primordial da responsabilidade civil, enquanto estandarte do efetivo ressarcimento do lesado pelos danos sofridos, tem-se por deveras pertinente a aplicação da responsabilidade objetiva do comitente-gestor-sindicato à atuação do comissário-piquete.

O que se justifica na medida em que esta reflete, tão somente, a teleologia expressa na relação entre os dois sujeitos, em respeito pelos princípios jurídicos, metajurídicos,

¹⁶⁶ Canotilho & Leite, 1999, p. 14.

¹⁶⁷ *Ibidem*, pp. 14-15.

¹⁶⁸ Martinez, 2017, p. 1247.

pragmáticos e programáticos deste regime, que se revelam de elementar essencialidade na aplicação do instituto da responsabilidade civil¹⁶⁹.

No que concerne aos requisitos de preenchimento da responsabilidade do comitente pelos atos do comissário, começaremos por abordar a responsabilidade subjetiva dos piquetes e, de forma geral, a sua condição de comissário.

Abordou-se já, nos cap. antecedentes, a natureza dos piquetes, o fim por estes prosseguido na greve, bem como os limites aplicáveis à sua atuação. Cabe aqui lembrar que o piquete é uma entidade social, composta por um conjunto de trabalhadores, sem qualquer pessoalidade jurídica, mas a que a lei portuguesa – e, como vimos, a generalidade dos sistemas jurídicos mundiais – atribui existência sistemática, de forma a reconhecer a função que lhe incumbe realizar.

Esta função é, repita-se, a de persuasão dos grevistas, comportando limites que se fundam na colisão com os direitos, liberdades e garantias dos restantes cidadãos, em especial, com a liberdade de trabalho dos não aderentes. Este grupo de trabalhadores, assim associado, deve, como tal, abster-se, sob pena de ilicitude da greve, de atos de violência física ou psicológica e de comportamentos de bloqueio ou fiscalização das entradas da empresa. No caso de incumprimento, os comportamentos voluntários destes que provocarem danos nas esferas jurídicas alheias, a título culposo – como já foi aferido em cap. Antecedente – geram a responsabilidade civil dos membros atuantes do piquete, na vertente extracontratual.

Está-se, como tal, perante um ente social, juridicamente reconhecido, com fins atribuídos de prossecução perante a lei, cujo incumprimento leva, na normal lógica do sistema jurídico, à responsabilização, dando-se por preenchido o primeiro requisito.

Cabe agora pronunciarmo-nos quanto à comissão.

O Pensamento Jurídico define esta comissão em sentido amplo¹⁷⁰, ultrapassando o mero ato comitativo contratual¹⁷¹ e exigindo a existência de uma relação de subordinação, igualmente em sentido amplo, expressa em legítimas instruções do comitente ao comissário¹⁷², para a execução de uma tarefa cujo interesse de a ver realizada reside essencialmente no comitente¹⁷³. Trata-se de um “pressuposto abstrato”, porque independente do dano concreto¹⁷⁴, traduzível num “critério de controlo”¹⁷⁵. Pode definir-se esta comissão, em abstrato, como o “serviço ou atividade realizada por conta e sob a direção de outrem”, pressupondo “uma relação de dependência”¹⁷⁶.

Face a esta classificação, cremos que a dificuldade – que como demonstraremos, é apenas aparente – em aplicar esta responsabilidade, passa por uma incorreta interpretação da lei. Isto porque o que na verdade o art. 533.º do CT afirma é que as associações sindicais “podem”, isto é, têm na sua esfera jurídica o poder ou faculdade, atribuído

¹⁶⁹ Moraes, 2008, p. 49.

¹⁷⁰ Varela, J., 2000, p. 640.

¹⁷¹ Moraes, 2008, p. 52.

¹⁷² Serra, 1959, pp. 152 ss.

¹⁷³ Moraes, 2008, p. 52.

¹⁷⁴ Trigo, 2009, p. 264.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 268.

¹⁷⁶ Varela, J., 2000, p. 640.

pelo ordenamento jurídico – de forma esdrúxula: o direito – de criar piquetes, para que estes últimos possam desempenhar uma determinada função. Função esta que não é atribuída pela lei aos piquetes, pois o que a norma consagra é o poder das associações sindicais atribuírem a um ente, sem qualquer personalidade jurídica, o poder de exercer uma competência – que para poder ser delegada tem, na normal lógica do sistema, de pertencer a quem a delega – de uma associação sindical: a função persuasiva.

O mesmo é dizer que, enquanto gestores da greve, aos sindicatos incumbe: comunicar e elaborar o aviso prévio; negociar os serviços mínimos; negociar a resolução do conflito que é a greve e, coordenar todo o plano de atuação grevista por si traçado.

É nesta última competência que se inclui a sua competência de persuadir os trabalhadores, como forma a garantir o maior sucesso da greve, por força de um maior número de adesões dos trabalhadores à mesma. Competência esta que é dos sindicatos, enquanto gestores, mas que estes, porque a lei o permite diretamente, podem depositar, melhor dizendo, delegar, nos piquetes.

Reformulando, não é a Lei que atribui ao piquete a sua função, mas sim a associação sindical que o cria. Criação que resulta, exatamente e só, para aquele propósito. Têm-se, assim, por caracterizada a verdadeira comissão existente – a função de persuasão dos trabalhadores para a adesão à greve.

Nesta comissão, como referido, o piquete não é livre de persuadir à adesão como bem entende, tendo de respeitar o delineado e traçado pela associação sindical. Aí se encontra a subordinação ou dependência do piquete ao sindicato, no exercício da greve. Por outro lado, sendo o piquete uma criação sindical na lei portuguesa e, a comissão propriamente dita, uma delegação de competências, uma vez mais se descobre esta mesma relação de subordinação ou dependência.

Em suma, as ordens ou instruções que terão de ser observáveis para o preenchimento da comissão, vislumbram-se num momento anterior ao do exercício grevista – na criação, delegação e traçado do plano da greve pelo sindicato – as quais são depois expressas através da concreta atuação do piquete, condizente com o anteriormente estabelecido.

O n.º 2 do art. 500.º do CC refere que esta responsabilidade só existe relativamente aos comportamentos danosos praticados no exercício da comissão. Assim, tanto a lei como a Doutrina esclarecem que esta responsabilização é de observar, mesmo nos casos de dolo¹⁷⁷ ou de abuso de funções do comissário¹⁷⁸. Enquanto na primeira tal manutenção da responsabilidade se justifica pela existência do dever de vigilância, coordenação e supervisão do comitente¹⁷⁹, na segunda situação releva a manutenção da comissão propriamente dita, ainda que em termos meramente formais¹⁸⁰. Ademais, não tem qualquer relevância a validade jurídica do ato de comissão¹⁸¹.

¹⁷⁷ Costa, 1979, p. 558.

¹⁷⁸ Varela, J., 2000, p. 643.

¹⁷⁹ Costa, 1979, p. 558.

¹⁸⁰ Varela, J., 2000, p. 643.

¹⁸¹ Serra, 1959, p. 151. Trigo, 2009, p. 275.

Ora, nas situações de atuações ilícitas dos piquetes, porque em violação dos seus limites de exercício, estes continuam a desempenhar a sua função persuasiva – talvez até de uma forma mais eficaz que anteriormente. Ou seja, a coação psicológica ou física, por exemplo, de alguém, visando a sua adesão à greve, não deixa de ser um meio de persuasão. Daí que o CT tenha tido necessidade de qualificar como lícita, apenas a persuasão “por meios pacíficos”.

O mesmo é dizer que, a função persuasiva exercida contrariamente aos valores prescritos pelo sistema jurídico se enquadra, ainda, no quadro geral de competências dos piquetes, não se verificando o resultado danoso, se tal função não estivesse a ser executada por quem encarregue da mesma. Como tal, não pode, sob pena de uma vez mais se desvirtuar o próprio instituto da responsabilidade civil, senão reconhecer-se a responsabilidade dos piquetes por estes atos ilícitos e, por força dela, arrastar-se tal imputação às associações sindicais na qualidade de comitentes.

Por fim, cabe concluir que, neste âmbito, nos encontramos em face de um real comitente – a associação sindical – e de um verdadeiro comissário – o piquete. Tais qualidades de comitente e comissário decorrem, como demonstrado, da própria consagração legal da obrigação de coordenação e organização dos piquetes, bem assim como da função que os piquetes desempenham na greve.

Por este motivo, os sindicatos deverão responder pelo risco de delegarem competências próprias no exercício grevista, nos piquetes, honrando o princípio da responsabilidade e a função ressarcitória do próprio instituto.

Ademais, tem de se realçar que a função persuasiva, como meio de atingir o sucesso da greve, releva, também e essencialmente, na posição pragmática de protagonismo de quem a declarou e a geriu, na prática, sendo este um interesse que às associações sindicais cumpre acautelar, supervisionar e garantir.

Em suma, tanto a realidade social como jurídica ditam a necessidade de aplicação desta modalidade da responsabilidade civil, não sendo o regime da greve impedimento da sua aplicação, antes proclamando, na sua teleologia, essa efetivação.

5. O problema do nexo de causalidade na responsabilidade subjetiva e objetiva – as dificuldades práticas da teoria da causalidade adequada e a necessidade de uma interpretação atualista

O nexo causal integra o quarto e último requisito da responsabilidade civil, sobre o qual ainda não nos pronunciámos, nomeadamente quanto à sua relevância negativa neste domínio, ou seja, à sua alegada falta de preenchimento no exercício da greve, que tem vindo a ser afirmada na Doutrina e Jurisprudência nacionais, internacionais e comparada. Cumpre, agora, versar sobre ele, de forma a compreender se o mesmo, realmente, se dá por não verificado e, em virtude disso, se verdadeiramente dita a não aplicação da responsabilidade civil, subjetiva ou objetiva, às atuações de sindicatos e piquetes durante o exercício do direito à greve.

Este pressuposto de responsabilização cível está previsto no art. 563.º do CC, aplicando-se, por força desta norma, a teoria da causalidade adequada entre o facto ilícito

culposo e o dano, relevando, assim, a idoneidade e adequabilidade, em geral, do facto ilícito ao dano¹⁸².

Reformulando, apenas se encontra preenchido o nexu causal quando, na lógica do sistema jurídico, este “possui o requisito da adequação, quando o resultado é causado por uma acção em geral idónea para determiná-lo e através de um processo causal adequado”¹⁸³. O mesmo é dizer que, aquele facto ilícito culposo tem de, em abstrato, poder relevar no dano concreto em análise, acabando por, verificada tal condição, se aferir que o mesmo foi, efetiva e verdadeiramente, causa real e concreta do dano verificado. Deste modo, este nexu de causalidade tem de ser mais forte na responsabilidade objetiva que na responsabilidade subjetiva¹⁸⁴.

No âmbito da efetivação da responsabilidade de sindicatos e piquetes na greve, este tem sido o principal obstáculo, cuja superação não se tem conseguido lograr. Tal sucede porque, e tomando por exemplo o caso dos salários pagos pelo empregador e não devidos – uma vez que o exercício grevista foi exercido de forma a causar tal desproporcionalidade, por vícios do aviso prévio, como aconteceu na greve dos enfermeiros que deu origem ao Par. da PGR n.º 6/2019 – estamos perante uma causalidade não necessária e indireta¹⁸⁵. Por outro lado, afirmou-se, anteriormente, que a Doutrina¹⁸⁶ e a Jurisprudência¹⁸⁷ têm clamado pela quebra do nexu causal nas relações de gestão e coordenação sindical da atividade grevista em geral e, em especial, na concreta supervisão dos piquetes.

A este propósito, o único Ac. dos Tribunais Superiores nacionais, disponível na base de dados oficial é o Ac. do TRL de 03/12/2014, o qual procede a uma longa explanação justificativa de tal quebra do nexu causal, em abstrato e, no caso *in iuris*. Serve uma pequena contextualização para se compreenderem os argumentos utilizados pelo Tribunal.

Trata-se de um caso de violação do aviso prévio, o qual o Tribunal declarou ser diretamente imputável ao sindicato – que tinha, como vimos, tal obrigação – e aos trabalhadores – titulares do direito.

Contudo, essa violação apenas foi invocada pelo Autor – o empregador – em sede de recurso, não tendo a mesma, por esse motivo, sido concretamente aplicável ao caso. Ora, aqui se vislumbra que, também este Tribunal, apesar de depois o negar, como mostraremos em seguida, aflorou e declarou a função de gestão da greve pelos sindicatos, que vimos defendendo.

Quanto à quebra do nexu de causalidade, este foi o argumento relevante para o Tribunal negar a responsabilidade civil do sindicato, pois, nesta visão, a possibilidade de adesão à greve de trabalhadores não filiados no sindicato, os quais podem adotar condutas ilícitas, deverá ser realçado como uma verdadeira “imprevisibilidade” daquele fenómeno grevista, o qual releva enquanto existência de grandes “dificuldades práticas de controlo, fiscalização, contenção e responsabilização por parte do sindicato”, tendo o

¹⁸² Coelho, 1950, p. 137.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 147.

¹⁸⁴ Matos, 2018, p. 20.

¹⁸⁵ Ray, 1985, pp. 393-394.

¹⁸⁶ González, V., 2016, pp. 71, 81 ss.

¹⁸⁷ Ac. do TRL de 03/12/2014.

Tribunal justificado, deste modo, a quebra do nexo causal e a frustração da aplicação do instituto da responsabilidade civil.

Ora, salvo o devido respeito pelo douto Acórdão, o qual reveste manifesta e evidente apurada coerência jurídica, temos de discordar quanto às conclusões do mesmo relativamente ao nexo de causalidade, por nos parecer sobrevalorizado o “argumento da imprevisibilidade” e as suas consequências jurídicas, face às exigências gritantes do regime jurídico da greve e do instituto da responsabilidade civil. Tudo porque, em nossa opinião, o “argumento da imprevisibilidade” pesou mais do que o da gestão da greve pelos sindicatos.

Pensamos que a escolha deveria ter sido a oposta, ou seja, a relevância da gestão da greve pelos sindicatos, a qual implicaria a concretização da responsabilidade civil destas associações.

Explicitando, tem de se considerar, no mínimo, contrário ao mais elementar sentido jurídico, a conclusão de que um qualquer gestor – conclusão que resulta agravada, quando esse estatuto lhe advém do regime legal e constitucional de um direito fundamental que, não é seu – pode ignorar tal qualidade, invocando uma simples “imprevisibilidade”, e subtraindo-se, deste modo, ao exercício das suas competências legalmente concedidas de “controlo, supervisão e fiscalização”.

Não conseguimos – talvez por defeito nosso, admitimos – compreender como pode valer e prevalecer uma conclusão diferente.

Creemos que o Ac. mencionado e toda a lógica subjacente – que é, como enunciámos, comum a muitos nobres e reconhecidos entendimentos – esqueceu ou preferiu não valorizar, que todo o plano de ação da greve é definido, estabelecido, reformulado e implementado pelo gestor, desde o momento da declaração de greve, passando por cada momento do seu exercício, até ao seu termo.

É, por isso, que a lei lhe atribui tais competências, sendo pela mesma razão que lhe é admitida a criação de piquetes.

Como demonstrado, o único campo de livre arbítrio de cada trabalhador isolado no exercício da greve situa-se, somente, na sua decisão individual de adesão à greve, respeitando, em todas as demais vertentes do exercício do direito, o plano de ação definido pelo gestor. Como tal, para o gestor não pode, nem existe “imprevisibilidade”. E se essa “imprevisibilidade” existe é, unicamente, por culpa sua, porque não realiza, de forma adequada e necessária, “o controlo, supervisão e fiscalização” que lhe são incumbidos. Sendo esta uma das situações em que a associação sindical atua em abuso de direito, na modalidade *tu quoque*, como *supra* explanado.

Por seu turno, se é certo que o Tribunal está sujeito ao princípio do pedido e, que o pedido subjacente a tal conceção foi peticionado em momento desadequado pelo empregador, também deveria ser facto assente que, todo e qualquer Tribunal não pode compactuar e justificar o abuso de direito de um gestor. O que seria tanto mais relevante quando de uma decisão que determinasse tal participação resultasse – o que no caso concreto, acabou por não se verificar, dada a extemporaneidade das alegações de ilicitude do aviso prévio – como únicos responsáveis os trabalhadores, os sujeitos que apesar de titulares, não têm qualquer poder na conformação do exercício do seu direito.

Face ao exposto, compreende-se que esta quebra do nexo causal, no âmbito do direito à greve, quanto aos sindicatos, não se trata de mais do que de uma mera constatação prática das debilidades da teoria da causalidade adequada do nexo causal. Teoria esta que se encontra na dependência da descrição feita dos factos, encontrando dificuldades em situações de causalidade cumulativa necessária¹⁸⁸.

Ora, é exatamente tal causalidade que se verifica nas situações de responsabilidade subjetiva, objeto desta dissertação, pois a violação de um qualquer limite de exercício do direito pela associação sindical apenas adquire relevo na medida em que, em seguida, e sem que tenham consciência da ilicitude, os trabalhadores exerçam o seu direito, decidindo aderir à greve. Melhor dizendo, apesar de a ilicitude ser causada por um ato anterior à decisão de adesão e, por um sujeito diferente do titular do direito, tal ilicitude não provocaria qualquer dano se o exercício do direito pelos trabalhadores, através da decisão de adesão, se não realizasse.

Assim, uma vez que o comportamento ilícito afeta a greve, como um todo, a atuação conforme à ilicitude é, também ela ilícita, mas derivadamente, sendo esta uma causa do nexo relevante do dano para a determinação do nexo causal. Como tal, só na conjugação do ato que gera a ilicitude global e do ato subsequente que é derivadamente ilícito se apura o verdadeiro nexo causal a relevar, existindo nesta perspetiva uma causalidade cumulativa necessária.

Daí que exista uma convicção generalizada de que se verifique, nestas situações, uma quebra do nexo causal, porque a própria teoria da causalidade adequada, não dispondo da descrição correta e precisa desta relação complexa de causalidade, à mesma não consegue reagir com o mesmo grau de coerência que em situações de verificação de uma causalidade simples. Tem-se, desta forma, explicitado o problema do nexo causal no domínio da responsabilidade extracontratual.

No que concerne à responsabilidade objetiva dos sindicatos pela atuação dos piquetes, a questão da quebra do nexo causal revela um outro grau de complexidade. Neste campo, vigora, em nossa opinião, uma causalidade alternativa incerta, a qual tem, igualmente, uma relação de complicada aplicação na teoria da causalidade adequada, sendo este um outro paradigma onde esta teoria se encontra com algumas debilidades¹⁸⁹.

No âmbito da responsabilidade objetiva, o nexo causal apresenta-se como uma problemática essencialmente normativa, sendo a mesma resolvida na própria esfera de delimitação de tal responsabilidade¹⁹⁰.

Aferiu-se que a existência de responsabilidade do comitente-sindicato pela atuação do comissário-piquete resulta, somente, da normal aplicação do regime legal sobre a matéria, em que o primeiro delega no segundo o poder de persuasão dos trabalhadores durante a greve, devendo esta função ser exercida de acordo com o consignado no plano de ação previamente estabelecido pelo comitente. Comitente este que é responsável pelo controlo, supervisão e fiscalização de tal função. Assim se compreende que, quando o

¹⁸⁸ Barbosa, 2018, p. 50; Costa, P., 2018, p. 85.

¹⁸⁹ Para desenvolvimentos mais aprofundados sobre esta forma de expressão da causalidade: Costa, 2018, pp. 107 ss.

¹⁹⁰ Barbosa, 2014, pp. 88, 95.

piquete, agindo além dos limites legais de exercício da sua função, comete um ilícito culposo, deva o comitente responder por ele ou, em vez dele, perante o lesado.

Porém, o sindicato responde pelo piquete, também porque, apesar de o autor formal ser o membro do piquete diretamente atuante, o autor material poderá ser, em muitas situações, o próprio sindicato.

Isto porque, uma vez mais, estamos perante uma atuação ilícita que só se realiza porque houve intervenção de dois sujeitos.

A diferença, aqui, reside em não se saber qual a atuação em si mesma que realizou o dano, ou seja, se foi o plano de ação ou a omissão desse plano ou a falta de supervisão do mesmo que causou o dano – sendo aí, a realização materialmente relevante do facto ilícito do sindicato – ou se esta foi uma ação do membro do piquete, em abuso de funções, mas ainda no seu quadro geral de competências, ou até se a atuação ilícita se verificou na realização daquele que o comissário, erroneamente, considerava ser o plano de greve – sendo, aí, a atuação materialmente ilícita do piquete e objetivamente do sindicato, por força da sua qualidade de comitente.

Em suma, é esta uma causalidade alternativa incerta que, contudo, se resolve perante o lesado sempre com base no mesmo responsável – o comitente – pois, na verdade, qualquer uma das condutas é causa do dano, não se sabendo, ao certo, qual delas o concretizou, mas estando sempre identificado o autor formal – o piquete – que pode ou não ser o autor material.

Por fim, cabe salientar que não pretendemos a criação de uma outra teoria neste domínio do nexos de causalidade, uma vez que a causalidade adequada, apesar das suas debilidades, continua a ser, ainda, a mais razoável teoria do nexos causal na aplicação jurídica.

Porém, cabe evidenciar que a sua aplicação, por vezes, leva a erros que conflituam com o próprio sentido jurídico, devendo, nesses casos, valer a materialidade do sistema jurídico aplicada ao caso concreto¹⁹¹. Este processo permite que, sem qualquer incongruência do próprio sistema, se possa encontrar a solução mais conforme com o mesmo sistema, expressa na função ressarcitória – e acessória e, preventivamente sancionatória –, do instituto da responsabilidade civil.

Por meio deste processo, cremos serem facilmente ultrapassáveis os problemas associados à quebra do nexos causal. Pensamos, aliás, ter demonstrado neste cap., como através deste método se consegue, ultrapassando a quebra do nexos de causalidade, fazer valer, com base na materialidade expressa no ordenamento jurídico, a aplicação integrada e condizente com o sistema jurídico, do instituto da responsabilidade civil.

Em conclusão, pensamos estar, neste momento, em condições de afirmar a não necessária existência de qualquer quebra do nexos causal, no âmbito da responsabilidade civil das associações sindicais, bem como, dos piquetes, no ordenamento jurídico português. O mesmo é dizer que acreditamos estar encontrada a lógica jurídica que fundamenta e justifica a aplicação prática, corrente e integrada no sistema jurídico da res-

¹⁹¹ Barbosa, 2018, p. 57.

ponsabilidade civil, no domínio da greve, aos sindicatos e, direta ou indiretamente, aos piquetes.

Conclusões

Começamos estas conclusões por retomar a frase que serve de epígrafe a esta dissertação, a qual, pela sua simplicidade e assertividade resume todo o ciclo de investigação realizado e sumariza todo o estudo e conclusões que, aqui chegados, temos uma vez mais, de constatar, ou seja que: “a norma legal sobre a greve funciona, em simultâneo, como garantia e restrição, e, desde logo está fadada, em qualquer das suas valências, à insatisfação dos seus destinatários”¹⁹².

Com este mote é tempo de concluir que o direito à greve é um direito fundamental dos trabalhadores, sendo a sua consagração e efetivação prática um critério revelador de um Estado de Direito democrático. Direito este que, no seu exercício, se desenvolve noutros interesses, direitos e obrigações menores nele inscritos, onde surgem como intervenientes sociais e jurídicos os piquetes e os sindicatos.

Às associações sindicais a lei confia a competência de, depois de declarada a greve, coordenar todos os processos, formalidades e demais comportamentos inscritos no conflito coletivo que é a greve, tornando-as verdadeiras gestoras do exercício do direito à greve.

De entre as competências do sindicato destaca-se o poder de criar piquetes, nos quais delega as funções de persuasão dos trabalhadores para adesão à greve. Quanto aos trabalhadores, reais e únicos titulares do direito, veem o seu exercício restringido apenas a uma decisão – a de adesão, ou não, à greve.

Tanto trabalhadores como piquetes e sindicatos têm, no exercício da greve, de respeitar o regime legal, bem como os limites democráticos ao exercício de qualquer direito, salvaguardando-se o exercício de outros direitos de igual valor constitucional e sendo aplicável, quando necessário, o instituto da colisão de direitos.

Aos piquetes soma-se, ainda, por força da previsão legal expressa (do art. 533.º do CT), a limitação da sua atuação pela proibição da violência e o respeito pela liberdade de trabalho dos não aderentes.

Ao sindicato, além de todas as referidas limitações ao exercício dos poderes de gestores, é ainda de salientar a necessidade de cumprimento, integral e razoável, de todas as obrigações e interesses a seu cargo, na qualidade de gestores da greve. A estas acresce o respeito pela boa fé, no decorrer de qualquer conflito coletivo (art. 522.º do CT).

A violação de qualquer destes limites por piquetes ou sindicatos implica a ilicitude da greve na sua globalidade, gerando, preenchidos todos os pressupostos, a responsabilidade civil extracontratual.

Responsabilidade esta que pode, igualmente, surgir por aplicação do instituto do abuso de direito: através da violação do dever de boa fé – aos sindicatos por força do art. 522.º do CT e aos piquetes por violação de deveres acessórios de conduta do contrato de trabalho, não suspensos; em virtude da prática de atos violentos e, desse modo, contrá-

¹⁹² Fernandes, A., 2013, p. 8.

rios aos bons costumes; quer como, pelo exercício além dos limites do direito, violando o seu fim económico e social.

Sucedem que, as ilicitudes da greve, por força do exercício deste direito, por sindicatos e piquetes não lhes são, na prática, imputáveis.

Isto porque, o Pensamento Jurídico continua a refugiar-se na lógica da não titularidade do direito, a qual não implica a não titularidade de outras competências, direitos, interesses e obrigações, ínsitos no direito à greve.

Em resultado, a responsabilidade civil, quando declarada, é apenas imputada aos trabalhadores, os quais, porque não realizaram tais comportamentos, nem os conhecem ou desejam, deveriam ser resguardados pelo ordenamento jurídico, através da manutenção da sua imunidade.

Esta explica-se por uma ideia de elevada confiança dos trabalhadores nas associações sindicais e no cumprimento destas de todas as obrigações de gestão da greve, existindo, para estes, uma aparência de legalidade na conduta dos gestores da greve, propiciada pela experiência, história e organização multinível destas associações na realidade portuguesa.

Aliada a esta imunidade dos trabalhadores, é igualmente tempo de a ordem jurídica portuguesa afirmar o princípio da responsabilidade e, correlativamente, efetivar a função primordial ressarcitória da responsabilidade civil no direito à greve.

Responsabilidade esta que, aliada à necessária imunidade dos trabalhadores, é a única solução conforme à aplicação do Direito da UE, nomeadamente dos princípios do primado e da interpretação conforme a este sistema jurídico.

Ademais, cabe apelar à função instrumental sancionatória da responsabilidade civil e ao seu carácter preventivo de violações do direito à greve.

Neste paradigma, tem igualmente de se alargar a afirmação da responsabilidade civil à responsabilidade objetiva, nos termos em que o comitente responde pela atuação do comissário.

Neste domínio, claramente se identifica um comitente-sindicato, gestor da greve e, também, do piquete-comissário. Gestão que se inicia logo na criação do piquete e na atribuição da sua comissão – a tarefa de persuasão dos trabalhadores a aderir à greve – a qual é, apenas, uma simples delegação de competências, onde, contudo, o verdadeiro gestor mantém o controlo, uma vez que estabelece, em cada momento da greve e até ao seu término, o desenvolvimento da ação grevista.

Por último e de forma a podermos refutar todas as alegadas dificuldades da responsabilidade civil neste âmbito, importa esclarecer que não existe qualquer quebra do nexo causal na responsabilidade, objetiva ou subjetiva, das associações sindicais.

O que se constata, neste paradigma, é a existência de causalidades complexas, mal compreendidas pela teoria da causalidade adequada – no caso da responsabilidade subjetiva, uma causalidade cumulativa necessária e no caso da responsabilidade objetiva, uma causalidade alternativa incerta – as quais encontram solução e superação na própria materialidade do regime jurídico da greve.

Em suma, não só o ordenamento jurídico português admite a aplicação da responsabilidade civil aos protagonistas e gestores da greve, como clama, de forma gritante – atrevemo-nos a afirmar – por essa aplicação, em toda a lógica impressa no regime jurídico da greve.

Bibliografia

Monografias e artigos científicos

ABRANTES, J. J. (2004). A greve no Novo Código do Trabalho. In *Estudos sobre o Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina, pp. 203-213.

ABRANTES, J. J. (2012). *Direito do trabalho II (Direito da greve)*. Coimbra: Almedina.

ALCALÁ, et al. (2015). Conflicto colectivo sobre ilegalidad de huelga. Alcance del trámite de mediación extrajudicial previo a la convocatoria. Despido durante la huelga: lesión de los derechos fundamentales de libertad sindical y huelga. In Gualda, Alcalá F. J. & Albacete (coord.). *Estudios de Doctrina Judicial V – Estudios sobre libertad sindical*. Editorial Bomarzo.

ALES, E. (2010). The law and the courts regulating strike in seven European countries. In Ales, E. & Novitz, T. (ed.). *Collective action and fundamental freedoms in Europe: Striking the balance*. Antuérpia: Intersentia.

AMADO, J. L. (2014a). *Contrato de trabalho*, 4.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

AMADO, J. L. (2014b). Os limites do direito à greve e os serviços mínimos no setor dos transportes: a propósito de um silogismo. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3990.

BAKIRTZI, E. (2014). Chapter 12: The right to strike: Greece. In Waas, B. (ed.). *The right to strike – A comparative view. Studies in Employment and Social Policy* (Vol. 45). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law.

BALLESTRO, M.V. (2005). Informe italiano. In Marzal, A. (ed.). *La huelga hoy en el derecho social comparado*. Barcelona: Bosch: ESADE, Facultad de Derecho.

BARBOSA, M.M. (2014). *Estudos a propósito da responsabilidade objetiva*. Cascais: Princípia.

BARBOSA, M.M. (2017). Sentido e intencionalidade do requisito causal: o antes e o depois do Código Civil de 1966. In Barbosa, M. M. & Muniz, F. (coord.). *Responsabilidade civil: 50 anos em Portugal, 15 anos no Brasil*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. pp. 61-153.

BARBOSA, M. M. (2018). Do nexó de causalidade ao nexó de imputação. In *Novos Olhares sobre a Responsabilidade Civil*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, pp. 41-78. Retirado de http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_ReponsCivil_2018.pdf.

BAR-MOR, H. & HOROVITZ, M. (2014). Chapter 15: The right to strike: Israel. In Waas, B. (ed.). *The right to strike – A comparative view. Studies in Employment and Social Policy* (Vol. 45). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law.

CANOTILHO, J.J.G. & LEITE, J. (1999). Ser ou não ser uma greve (A propósito da chamada “greve self-service”). *Questões Laborais*, n.º 13, p. 3-44.

CARBY-HALL, J. (2005). Informe británico. In Marzal, A. (ed.). *La huelga hoy en el derecho social comparado*. Barcelona: Bosch: ESADE, Facultad de Derecho.

CARVALHO, C.O. (2017). Titularidade do direito à greve, dever de paz social e exercício do direito à greve nas microempresas. In Massoni, T. & Columbu, F. (coord.). *Sindicatos e autonomia privada coletiva*. Coimbra: Almedina, pp. 455-487.

CARVALHO, O. (2012). *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: s.n.

COELHO, F.P. (1950). *O nexó de causalidade na responsabilidade civil*. Coimbra: s.n.

CENDEL, T. (2014). Chapter 29: The right to strike: Turkey. In Waas, B. (ed.). *The right to strike – A comparative view. Studies in Employment and Social Policy* (Vol. 45). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law.

CORDEIRO, A.M. (2005). Do abuso de direito: estado das questões e perspectivas. Retirado de <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2005/ano-65-vol-ii-set-2005/artigos-doutriniais/antonio-menezes-cordeiro-do-abuso-do-direito-estado-das-questoes-e-perspectivas-star/>.

CORDEIRO, A.M. (2019). *Direito do trabalho I – Direito europeu, dogmática geral, direito coletivo*. S.l.: Almedina.

COSTA, M.J.A. (1979). *Direito das obrigações*, 3.^a Edição. Coimbra: Almedina.

COSTA, P.L.C. (2018). Causalidade alternativa e a jurisprudência dos tribunais superiores – ou “três caçadores entram num bar...”. In *Novos olhares sobre a responsabilidade civil*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, pp. 83-123. Retirado de http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_ReponsCivil_2018.pdf.

DORSSEMONT, F. & HOEK, A.A.H.V. (2010). Collective action in labour conflicts under the Rome II regulation. In Ales, E. & Novitz, T. (ed.). *Collective action and fundamental freedoms in Europe: Striking the balance*. Antuérpia: Intersentia.

DORSSEMONT, F. et al. (2015). *Droit de grève: actualités et questions choisies*. Bruxelas: Larcier.

FERNANDES, A.M. (2013). *A lei e as greves – Comentário a dezasseis artigos do Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina.

FERNANDES, A.M. (2014). *Direito do trabalho*, 17.^a Edição. Coimbra: Almedina.

FERNANDES, F.L. (2010). *A obrigação de serviços mínimos como técnica de regulação da greve nos serviços essenciais*. Coimbra: Coimbra Editora.

FRADA, M.A.C. (1998). A responsabilidade objectiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana. *Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Vol. XII, Tomo I, pp. 297-311.

FRANCO, T S. & LOPEZ, I.G.R. (2013). *Los mecanismos empresariales de defensa frente a la huelga*. Valência: Editorial Tirant lo Blanch.

GOMES, J.M.V. (2010). Existem – e em caso afirmativo quais serão eles – limites ao poder atribuído pelo artigo 538.º, n.º 7, do Código do Trabalho de 2009 aos representantes dos trabalhadores em greve (artigo 532.º) de designar os trabalhadores que ficam adstritos à prestação dos serviços mínimos? In *Novos Estudos do Direito do Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 233-243.

GOMES, J.M.V. (2014). Da proibição de substituição de grevistas à luz do artigo 535.º do Código do Trabalho. *Questões Laborais*, n.º especial 42, pp. 61-86.

GOMES, J.M.V. (2017). Algumas notas sobre o direito à greve e a sua evolução ao nível europeu. *Lex Social, Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, pp. 157-189.

GONZÁLEZ, F. S. (2005). La huelga en el derecho español. In Marzal, A. (ed.). *La huelga hoy en el derecho social comparado*. Barcelona: Bosch: ESADE, Facultad de Derecho.

GONZÁLEZ, V.M.S. (2016). Daños causados por miembro indeterminado de piquete de huelguistas: la imputación de responsabilidad civil de todos sus miembros. A raíz de la STC de 14 de abril de 2016. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 190, pp. 65-98.

GRZEBYK, P. (2014). Chapter 22: The right to strike: Poland. In Waas, B. (ed.). *The right to strike – A comparative view. Studies in Employment and Social Policy* (Vol. 45). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law.

GUASTAVINO, M.N. (2014). Chapter 27: The right to strike: Spain. In Waas, B. (ed.). *The right to strike – A comparative view. Studies in Employment and Social Policy* (Vol. 45). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law.

HOUWERZITJL, M. & ROOZENDAAL, W. (2014). Chapter 21: The right to strike: The Netherlands. In Waas, B. (ed.). *The right to strike – A comparative view. Studies in Employment and Social Policy* (Vol. 45). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law.

HUACÓN, F.E. (2014). Chapter 8: The right to strike: Ecuador. In Waas, B. (ed.). *The right to strike – A comparative view. Studies in Employment and Social Policy* (Vol. 45). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law.

HURKA, P. (2014). Chapter 7: The right to strike: Czech Republic. In Waas, B. (ed.). *The right to strike – A comparative view. Studies in Employment and Social Policy* (Vol. 45). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law.

KAJTÁR, E. & KUN, A. (2014). Chapter 13: The right to strike: Hungary. In Waas, B. (ed.). *The right to strike – A comparative view. Studies in Employment and Social Policy* (Vol. 45). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law.

KERR, A. (2014). Chapter 14: The right to strike: Ireland. In Waas, B. (ed.). *The right to strike – A comparative view. Studies in Employment and Social Policy* (Vol. 45). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law.

KESSLER, F. (2014). Chapter 10: The right to strike: France. In Waas, B. (ed.). *The right to strike – A comparative view. Studies in Employment and Social Policy* (Vol. 45). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law.

LAMEGAS, F. (2017). Ideias e discurso: um pretexto para visitar o Acórdão Viking do TJUE e o Acórdão n.º 602/2013 do Tribunal Constitucional. In *Prontuário do direito do trabalho*, Tomo I. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, pp. 187-210.

LEE, K.-T. (2014). Chapter 26: The right to strike: South Korea. In Waas, B. (ed.). *The right to strike – A comparative view. Studies in Employment and Social Policy* (Vol. 45). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law.

LEITE, J. (2004). *Direito do trabalho*, Vol. I. Coimbra: Serviços de Ação Social da Universidade de Coimbra.

LEITE, J. (2013). Anotação ao artigo 28.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. In Silveira, A. & Canotilho, M. (coord.). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia comentada*. Coimbra: Almedina, pp. 340-361.

LÓPEZ, C.C. & NAVARRO, M.W. (2014). Chapter 6: The right to strike: Colombia. In Waas, B. (ed.). *The right to strike – A comparative view. Studies in Employment and Social Policy* (Vol. 45). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law.

LYUTOV, N. (2014). Chapter 23: The right to strike: Russian Federation. In Waas, B. (ed.). *The right to strike – A comparative view. Studies in Employment and Social Policy* (Vol. 45). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law.

MALLET, E. (2014). *Dogmática elementar do direito de greve*. São Paulo: LTr.

MARTINEZ, P.R. et al. (2009). *Código do Trabalho anotado: revisto pela Lei n.º 7/2009, de 12 de Fevereiro*, 8.ª Edição. Coimbra: Almedina.

- MARTINEZ, P.R. et al. (2017). *Direito do trabalho*, 8.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- MATOS, F.A. (2018). Ilicitude extracontratual (umas breves notas). In *Novos olhares sobre a responsabilidade civil*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, pp. 11-37. Retirado de http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eb_ReponsCivil_2018.pdf.
- MESTRE, B. (2014). O caso “Flashmob” e as novas modalidades de ação coletiva. In *Questões Laborais*, n.º especial 42, pp. 87-105.
- MIRANDA, J. & MEDEIROS, R. (2017). *Constituição Portuguesa anotada, Vol.1: Preâmbulo. Princípios fundamentais. Direitos e deveres fundamentais. Artigos 1º a 79º*, 2ª Edição. Lisboa: Universidade Católica.
- MORAIS, N. (2008). A responsabilidade objectiva do comitente por facto do comissário, a análise do artigo 500.º do Código Civil – seus pressupostos e regime. *Julgar*, n.º 6, pp. 41-65.
- MOREIRA, P. (2014). A inadequação do princípio da proporcionalidade ao direito à greve. Algumas notas da perspectiva do direito português. *O Direito*, n.º 146, pp. 145-178.
- MOREIRA, V. & CANOTILHO, J.J.G. (2007). *Constituição da República Portuguesa: anotada, Vol. 1: Artigos 1º a 107º*, 4.^a Edição revista. Coimbra: Coimbra Editora.
- MORGADO-VALENZUELA, E. (2014). Chapter 5: The right to strike: Chile. In Waas, B. (ed.). *The right to strike – A comparative view. Studies in Employment and Social Policy* (Vol. 45). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law.
- NOVITZ, T. (2010). The impact of *Viking* and *Laval* – Contesting the social regulation of the right to strike. In Ales, E. & Novitz, T. (ed.). *Collective action and fundamental freedoms in Europe: striking the balance*. Antuérpia: Intersentia.
- NÚÑES, C. M. (2014). Chapter 2: The right to strike: Argentina. In Waas, B. (ed.). *The right to strike – A comparative view. Studies in Employment and Social Policy* (Vol. 45). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law.
- PASCUCCI, P. (2014). Chapter 16: The right to strike: Italy. In Waas, B. (ed.). *The right to strike – A comparative view. Studies in Employment and Social Policy* (Vol. 45). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law.
- PEGORER, J. T. (2017). Abuso do direito de greve, dever de paz social e exercício do direito à greve nas microempresas. In Massoni, T. & Columbu, F. (coord.). *Sindicatos e autonomia privada coletiva*. Coimbra: Almedina, pp. 455-487.
- PETRYLAITĖ, D. (2014). Chapter 18: The right to strike: Lithuania. In Waas, B. (ed.). *The right to strike – A comparative view. Studies in Employment and Social Policy* (Vol. 45). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law.
- PINTO, M. (1966). O direito perante a greve. *Análise Social: Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, vol. 4. Retirado de analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1224165969H9aVK9ii3Cj59LEo.pdf.
- PINTO, M. (1996). *Direito do trabalho*. Lisboa: Universidade Católica.
- PITTARD, M. & Naughton, R. (2014). Chapter 3: The right to strike: Australia. In Waas, B. (ed.). *The right to strike – A comparative view. Studies in Employment and Social Policy* (Vol. 45). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law.
- PRASSL, J. (2014). Chapter 30: The right to strike: United Kingdom. In Waas, B. (ed.). *The right to strike – A comparative view. Studies in Employment and Social Policy* (Vol. 45). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law.
- RAMALHO, M.R P. (1994). *Lei da Greve anotada*. Lisboa: Lex – Edições Jurídicas.

RAMALHO, M.R.P. (2012). *Tratado de direito do trabalho – Parte III – Situações Laborais Colectivas*. Coimbra: Almedina.

RAY, J-E. (1985). *Les pouvoirs de l'employeur à l'occasion de la grève*. Paris: Librairies Techniques.

RAY, J-E. (2005). Informe francés. In Marzal, A. (ed.). *La huelga hoy en el derecho social comparado*. Barcelona: Bosch: ESADE, Facultad de Derecho.

REIS, J.S. (2017). *O conflito colectivo de trabalho*. Coimbra: Gestlegal.

SÁNCHEZ, A.S. (2014). Chapter 20: The right to strike: Mexico. In Waas, B. (ed.). *The right to strike – A comparative view. Studies in Employment and Social Policy* (Vol. 45). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law.

SERRA, A.P.V. (1959). *Responsabilidade civil (causas justificativas do facto; responsabilidade contratual e extracontratual; abuso de direito; responsabilidade de terceiros no não-cumprimento de obrigações; responsabilidade pelos danos causados por coisas ou actividades, pelas pessoas obrigadas a vigilância, dos funcionários públicos e do Estado)*. Lisboa: s.n.

Souza, R.A. (2004). *Greve & locaute: Aspectos jurídicos e económicos*. s.l.: Almedina.

SUPIOT, A. (2005). Informe de síntesis. In Marzal, A. (ed.). *La huelga hoy en el derecho social comparado*. Barcelona: Bosch: ESADE, Facultad de Derecho.

TRIGO, M.G. (2009). *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*. Coimbra: Coimbra Editora.

TRUDEAU, G. (2005). Informe del Canadá y los Estados Unidos. In Marzal, A. (ed.). *La huelga hoy en el derecho social comparado*. Barcelona: Bosch: ESADE, Facultad de Derecho.

VARELA, A.A. (2016). La exigencia de responsabilidad civil extracontractual a los piquetes de huelga. Un estudio de derecho comunitario europeo, internacional y comparado con el derecho español. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 191, pp. 95-126.

VARELA, J.M.A. (2000). *Das obrigações em geral – Vol. I*, 10.^a Edição revista e atualizada. Coimbra: Almedina.

WAAS, B. (2014a). Chapter 1: The right to strike: A comparative view. In Waas, B. (ed.). *The right to strike – A comparative view. Studies in Employment and Social Policy* (Vol. 45). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law.

WAAS, B. (2014b). Chapter 11: The right to strike: Germany. In Waas, B. (ed.). *The right to strike – A comparative view. Studies in Employment and Social Policy* (Vol. 45). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law.

XAVIER, B.G.L. (1984). *Direito da greve*. Lisboa: Verbo.

ZACHERT, U. (2005). Informe alemán. In Marzal, A. (ed.), *La huelga hoy en el derecho social comparado*. Barcelona: Bosch: ESADE, Facultad de Derecho.

Publicações oficiais

Conselho da Europa (2018a). *Digest of the Case of Law of The European Committee of Social Rights – Appendix: Relevant Abstracts, Decisions and Conclusions of the European Committee of Social Rights*. Estrasburgo: Conselho da Europa. Disponível em <https://rm.coe.int/digest-2018-appendix-en/1680939f7e>.

Conselho da Europa (2018b). *Digest of the Case of Law of the European Committee of Social Rights – Introduction; Part I: Collective Complaints Procedure; Part II: Fundamental Principles of Interpretation of the Charter; Part III: Interpretation of the Different Provisions*

of the Charter; Annex. Estrasburgo: Conselho da Europa. Disponível em <https://rm.coe.int/digest-2018-appendix-en/1680939f7e>.

Gernigon, B., Odero, A. & Guido, H. (1998). *ILO Principles concerning the right to strike*, Organização Internacional do Trabalho (ed.). Genebra: Organização Internacional do Trabalho. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_087987.pdf.

Gravel, E., Duplessis, I. & Gernigon, B. (2001). *The Committee on Freedom of association: Its impact over 50 years*, Organização Internacional do Trabalho (ed.). Genebra: Organização Internacional do Trabalho. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/--normes/documents/publication/wcms_087814.pdf.

Organização Internacional do Trabalho (2006). *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, 5.ª ed. Revista. Genebra: Organização Internacional do Trabalho. Disponível em http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/--normes/documents/publication/wcms_090632.pdf.

Organização Internacional do Trabalho (2018). *Freedom of Association: Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association*, 6.ª ed. Genebra: Organização Internacional do Trabalho. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/--normes/documents/publication/wcms_632659.pdf.

Decisões e pareceres jurisdicionais

Jurisprudência nacional

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 04 de dezembro de 1990, Processo n.º 0195552.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 06 de novembro de 1991, Processo n.º 0072414.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21 de outubro de 1992, Processo n.º 0079314.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 06 de dezembro de 1993, Processo n.º 9340781.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 04 de outubro de 1995, Processo n.º 004218.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23 de janeiro de 2002, Processo n.º 00118743.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 22 de junho de 2004, Processo n.º 115/04-2.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 25 de maio de 2011, Processo n.º 88/11.7YRL.L1-4.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 03 de dezembro de 2014, Processo n.º 2028/11.6TTLSB.L1-4.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 15 de novembro de 2018, Processo n.º 2028/11.6TTLSB.L1-4.

Pareceres da Procuradoria Geral da República Portuguesa

Parecer n.º 123/76-B, de 03 de março de 1977.

Parecer n.º 48/78, de 29 de junho de 1978.

Parecer n.º 61/1979, de 10 de outubro de 1979.

Parecer do Proc. n.º 156/81 (disponível em Diário da República de 28/05/1985, II Série, n.º 121, pp. 4295 e ss.).

Parecer n.º 100/89, de 05 de abril de 1990.

Parecer n.º 1/1999, de 27 de janeiro de 1999.

Parecer n.º 41/2011, de 06 de janeiro de 2012.

Parecer n.º 6/2019, de 18 de fevereiro de 2019.

Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 11 de dezembro de 2007, Processo n.º C-483/05 – *Caso Viking*.

Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 18 de dezembro de 2007, Processo n.º C-341/05 – *Caso Laval*.

Conclusões dos Advogados-Gerais do Tribunal de Justiça da União Europeia

Conclusões do Advogado-Geral M. Poiares Maduro, de 23 de maio de 2007, Processo n.º C-483/05 – *Caso Viking*.

Conclusões do Advogado-Geral Paolo Mengozzi, de 23 de maio de 2007, Processo n.º C-341/05 – *Caso Laval*.

Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Acórdão da 3.ª Secção, de 19 de novembro de 2009, Processo n.º 68959/01 – *Caso Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquia*.

Acórdão da 4.ª Secção, de 08 de setembro de 2014, Processo n.º 31045/10 – *Caso National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Reino Unido*.

Conclusões do Comité dos Direitos Sociais do Conselho da Europa

Conclusão XVI-1, relativa à aplicação do artigo 6.º, n.º 4 da Carta Social Europeia Revista em Portugal, de 30 de maio de 2003.

Conclusão XVII-1, relativa à aplicação do artigo 6.º, n.º 4 da Carta Social Europeia Revista em Portugal, de 28 de fevereiro de 2005.

Conclusão 2006, relativa à aplicação do artigo 6.º, n.º 4 da Carta Social Europeia Revista em Portugal, de 30 de junho de 2006.

Conclusão 2010, relativa à aplicação do artigo 6.º, n.º 4 da Carta Social Europeia Revista em Portugal, de 12 de dezembro de 2010.

Conclusão 2014, relativa à aplicação do artigo 6.º, n.º 4 da Carta Social Europeia Revista em Portugal, de 05 de dezembro de 2014.

Conclusão 2016, relativa à aplicação do artigo 6.º, n.º 4 da Carta Social Europeia Revista em Portugal, de 09 de dezembro de 2016.

Decisões de Mérito do Comité dos Direitos Sociais do Conselho da Europa

Decisão de Mérito do Comité dos Direitos Sociais do Conselho da Europa, de 16 de outubro de 2006, Queixa n.º 32/2005, relativa à Bulgária.

Decisão de Mérito do Comité dos Direitos Sociais do Conselho da Europa, de 03 de julho de 2013, Queixa n.º 85/2012, relativa à Suécia.

Decisão do Comité de Liberdade Sindical da Organização Internacional do Trabalho

Decisão do Caso n.º 2472 (Indonésia), Relatório n.º 343.º (publ. LXXXIX – 2006 – Série B, n.º 3) do Comité de Liberdade de Sindical.

Decisão do Caso n.º 2473 (Reino Unido), Relatório n.º 346.º (publ. XC – 2007 – Série B, n.º 2) do Comité de Liberdade de Sindical.

Decisão do Caso n.º 2548 (Burundi), Relatório n.º 349.º (publ. XCI – 2008 – Série B, n.º 1) do Comité de Liberdade de Sindical.

Decisão do Caso n.º 2668 (Colômbia), Relatório n.º 354.º (publ. XCII – 2009 – Série B, n.º 2) do Comité de Liberdade de Sindical.

Decisão do Caso n.º 2602 (Coreia do Sul), Relatório n.º 355.º (publ. XCII – 2009 – Série B, n.º 3) do Comité de Liberdade de Sindical.

Decisão do Caso n.º 2946 (Colômbia), Relatório n.º 374.º (publ. GB. 323/INS/9 – março de 2015) do Comité de Liberdade de Sindical.

**A educação para o Direito nos Centros Educativos:
em especial, o regime dos prémios e das medidas disciplinares**

Maria Negrão Meneses Burmester Malheiro

Sob orientação da
Professora Doutora Maria da Conceição Ferreira da Cunha

Agradecimentos

Aos meus pais por todo o esforço que fizeram pela minha formação.

Às minhas irmãs, avós, tios, primos e à Sónia por todas as palavras de encorajamento.

Às minhas amigas e ao Henrique pelo apoio incondicional.

À Professora Conceição Cunha por ter aceite orientar o meu trabalho, pela disponibilidade total, por todos os conselhos e conhecimentos partilhados.

À Dra. Graça Gomes Ribeiro pela amabilidade de me ter ajudado a marcar a visita ao Centro Educativo de Santo António.

Ao Dr. António Viana, Diretor do Centro Educativo de Santo António, por ter aceite o meu pedido para visitar o Centro e por ter respondido a todas as minhas questões.

Resumo

A educação para o Direito nos Centros Educativos, em especial, o regime dos prémios e das medidas disciplinares, constitui o objeto da presente dissertação de mestrado. Começamos este estudo com um enquadramento sociológico da delinquência juvenil, passando para o contexto histórico das medidas tutelares educativas. O nosso foco central é o regime aplicável aos jovens sujeitos à medida tutelar educativa de internamento em Centro Educativo para, com o desenvolvimento do estudo, tentarmos compreender o que se entende por “educação para o direito” e em que medida esta educação contribui para a ressocialização do jovem. Versamos também no nosso estudo o regime de prémios e a aplicação de medidas disciplinares no âmbito dos Centros Educativos, concluindo que tais estímulos positivos e negativos são indispensáveis à obtenção de resultados frutíferos no percurso educativo do jovem.

Palavras-chave: Centro educativo; delinquência juvenil; Lei Tutelar Educativa; educação para o direito; medida tutelar de internamento; medidas disciplinares; regime de prémios.

Abstract

Education for Justice in Educational Centres and, in particular, the regime of rewards and disciplinary measures is the subject of this dissertation. We begin this study with a sociological framework of juvenile delinquency, moving to the historical context of punitive-educational measures. Our central focus is the regime applicable to young people subject to the correctional measure of institutionalization in Educational Centres, with the purpose of trying to understand what is meant by “education for justice” and to what extent this education contributes to re-socialization. In this study, we also tackle the issue of rewards and the application of disciplinary measures within Educational Centres, concluding that such positive and negative stimuli are indispensable to the achievement of successful results in the education of young people.

Keywords: Juvenile correctional facility; juvenile detention centre; Young Offenders Institution (YOI); juvenile delinquency; Tutelary Education Law; education for justice; correctional measures; institutionalization; detention.

Abreviaturas

al.	alínea
als.	alíneas
<i>apud</i>	citado por
art.	artigo
arts.	artigos
CDC	Convenção sobre os Direitos da Criança
CE	Centro Educativo
CEs	Centros Educativos
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CEU	Conselho da Europa
CRP	Constituição da República Portuguesa
DGRSP	Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais
DL	Decreto-Lei
<i>Ibidem</i>	no mesmo lugar, igual à fonte anterior
<i>Idem</i>	o mesmo, muda a página da fonte anterior
LPCJP	Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo
LPI	Lei de Proteção à Infância
LTE	Lei Tutelar Educativa
MNP	Mecanismo Nacional de Proteção
MP	Ministério Público
n. ^o	número
n. ^{os}	números
NU	Nações Unidas
OPJP	Observatório Permanente da Justiça Portuguesa
OTM	Organização Tutelar de Menores
p.	página
pp.	páginas
PIE	Projeto de Intervenção Educativa
PEP	Projeto Educativo Pessoal
RGDCE	Regulamento Geral e Disciplinar dos Centros Educativos
segs.	seguintes
vol.	volume

Índice

Introdução	6
Capítulo 1. Um breve olhar sobre a delinquência juvenil	6
Capítulo 2. Evolução dos modelos de intervenção	8
2.1. Dos modelos de justiça à responsabilização educativa	8
2.2. Caracterização do sistema português	11
Capítulo 3. Regime jurídico das medidas tutelares educativas	14
3.1. As medidas tutelares e pressupostos da sua aplicação	14
3.2. A medida tutelar de internamento em Centro Educativo	16
Capítulo 4. Finalidades das medidas tutelares educativas	18
Capítulo 5. A medida de internamento em Centro Educativo	23
Capítulo 6. Educação para o Direito em Centro Educativo	27
6.1. Os prémios como estímulos positivos	32
6.2. As medidas disciplinares	33
Conclusão	37
Bibliografia	39

Introdução

A educação para o Direito em Centro Educativo (CE) e, especialmente, o regime de atribuição dos prémios e aplicação das medidas disciplinares constitui o tema do presente estudo.

Como sabemos, a delinquência juvenil é, nos dias de hoje, alvo de grande atenção, na medida em que remete para uma problemática bem presente nas sociedades do mundo moderno. O Direito das Crianças e Jovens, enquanto resposta social e institucional a esta problemática, não pode deixar de acompanhar as mudanças ao nível da infância e adolescência.

Para tal, iremos começar por fazer um breve enquadramento sociológico da delinquência juvenil. Tentaremos, assim, construir uma base para desenvolvermos o nosso estudo. Continuaremos fazendo uma breve alusão ao contexto histórico das medidas tutelares educativas, por referência aos modelos adotados ao longo dos tempos no âmbito da intervenção junto de jovens que praticam infrações criminais, referindo os motivos que levaram ao colapso de tais modelos, para melhor compreender o nosso atual Direito educativo. De seguida, abordaremos o regime jurídico das medidas tutelares através da delimitação dos seus pressupostos e principais características.

Neste trabalho iremos centrar-nos no regime aplicável aos jovens com idades entre os 12 e os 16 anos sujeitos à medida educativa mais gravosa, o internamento em CE, para compreender o que se entende por “educação para o direito” e em que medida esta educação contribui para a ressocialização do jovem.

Vamos, ainda, aprofundar a temática da disciplina positiva e o regime dos estímulos positivos e negativos indispensáveis à obtenção de resultados frutíferos no percurso educativo do jovem, nomeadamente a atribuição de prémios e a aplicação de medidas disciplinares.

Complementaremos o nosso estudo com um trabalho de campo proporcionado por uma visita ao CE de Santo António, no Porto, onde tivemos a oportunidade de entrevistar o Dr. António Viana, Diretor deste CE.

Capítulo 1. Um breve olhar sobre a delinquência juvenil

A delinquência tem origem, para além das dinâmicas sociais, em fatores e circunstâncias pessoais e coletivas que ameaçam a unidade e segurança das sociedades, “alicerces da ordem social num Estado de Direito”¹.

Tal como refere Carvalho, vivemos tempos em que a “perceção da existência da delinquência”² oscila, por vezes abruptamente, entre uma acesa cobertura pelos órgãos de comunicação social, passando-se rapidamente para a negação do problema, devido à escassa visibilidade dos casos, “potenciando-se a ideia de que não existindo no campo mediático também não existe no campo social”³.

Certamente, os locais em que as crianças residem e crescem influenciam a forma como estas se relacionam com os problemas sociais que as rodeiam. Os jovens tomam

¹ Carvalho, 2016, p. 66.

² *Idem*, p. 68.

³ *Ibidem*.

como seu ou reinventam tudo aquilo que observam, não se podendo dissociar os processos de socialização a que estão sujeitos e os seus modos de vida, da maneira como estes se envolvem na delinquência. Voltando a Carvalho,

Muitas vezes, nas situações de delinquência em que se encontram envolvidos jovens, ou até mesmo crianças, a maioria da população parece ter conhecimento e saber o que se passa, mas revela-se incapaz de responder coletivamente no sentido da sua prevenção.⁴

Esta autora refere, ainda, que a “violência e delinquência são percepcionadas e interiorizadas como um fenómeno ‘natural’”⁵, por serem recorrentes nestes ambientes, acabando por se desvalorizar a “gravidade dos atos cometidos tanto pelos mais novos como por adultos, substituindo os termos ‘furtar’ e ‘roubar’ por outros [com denotações mais leves]”⁶.

A pretensa autonomia precoce das crianças surge com a impossibilidade dos pais ou dos cuidadores passarem mais tempo com elas, por negligenciarem as suas funções como educadores ou, no limite, por não quererem exercer as suas responsabilidades parentais. Estes jovens são deixados, assim, sem qualquer suporte ou modelo para seguirem.

A delinquência torna-se, na maior parte dos casos, no caminho inevitável porque “surge como forma atrativa de socialização, variando a sua concretização entre o que se considera ser uma brincadeira, a necessidade de ocupação do tempo livre e a de obtenção de reconhecimento social; no fundo, de tornar-se alguém”⁷.

De um estudo conduzido por Santos e Alberto tiram-se algumas fragilidades encontradas nas famílias de alguns jovens delinquentes, como “uma elevada incidência de doenças físicas e mentais, níveis académicos baixos, [...] elevada proporção de desemprego ou trabalhos pouco qualificados e mal remunerados”⁸, que empurram estas famílias para bairros sociais conhecidos pela sua oposição à lei. Trata-se de famílias com condições económicas e sociais de risco, “fatores contextuais que potenciam o emergir do comportamento delinvente juvenil”⁹. Deste estudo retira-se, também, que estes cuidadores são capazes de encontrar possíveis soluções para os seus problemas, mas são incapazes de as pôr em prática por já não “terem mão” nestes jovens.

O sucesso dos primeiros atos delinquentes e a falta de mecanismos de controlo aumentam o sentimento de aceitação do percurso que o jovem está a fazer, encarando a delinquência como um caminho possível para ganhar a vida, uma vez que vão alcançando ilegitimamente aquilo que dificilmente conseguiriam obter de modo legítimo.

Mais do que a mera satisfação de algumas necessidades básicas [...] as práticas delinquentes permitem a saída do anonimato em territórios onde

⁴ *Idem*, p. 77.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Idem*, p. 78.

⁷ Carvalho, 2016, p. 82.

⁸ Santos e Alberto, 2012, p. 33.

⁹ *Ibidem*.

os problemas sociais se acumulam e são baixas as aspirações e expectativas relativamente ao futuro pessoal e profissional.¹⁰

“Neste âmbito assume especial importância o valor do grupo”¹¹. O absentismo escolar, a desagregação familiar, o distanciamento entre pais e filhos ou cuidadores e a pessoa a seu cargo faz com que os jovens se comecem a integrar em grupos transgressores e violentos.

Temos, então, comportamentos delinquentes que advêm do insuficiente acompanhamento familiar, como “produto de sentimentos de revolta e frustração perante uma situação de não integração”¹², devido ao abandono escolar, entre outros.

Se num primeiro plano compete às famílias prevenir estas situações de risco, porque é neste contexto que os jovens normalmente se desenvolvem é, também, necessário responsabilizar a comunidade local e a sociedade pela delinquência juvenil.

Em suma, desde sempre que a delinquência juvenil tem vindo a ser referida como um fenómeno multicausal, influenciado por diversos fatores, desde as características próprias da adolescência e específicas de cada indivíduo até aos contributos sociais e dinâmicas familiares. Assim, a reabilitação de jovens delinquentes é um processo difícil, mas é certo que tem de se centrar na reeducação e ressocialização dos jovens, preocupações basilares da Lei Tutelar Educativa (LTE).

É importante notar que a delinquência juvenil tem vindo a diminuir nos últimos quatro anos, tal como podemos confirmar nos dados fornecidos pelo Relatório Anual de Segurança Interna (RASI) de 2018¹³.

Capítulo 2. Evolução dos modelos de intervenção

2.1. Dos modelos de justiça à responsabilização educativa

No século XIX, um pouco por toda a Europa, o tratamento da delinquência fazia-se à luz do modelo de justiça que considerava os jovens penalmente responsáveis. Este regime fazia uma distinção clara entre jovens que careciam de proteção e jovens delinquentes, sujeitando estes últimos ao regime penal. A tônica era a responsabilização do menor pelo facto praticado e “a sanção aplicada dev[ia] ser proporcional à gravidade do delito cometido”¹⁴. Assim, o facto criminoso e a sua prova eram pressupostos irrenunciáveis da intervenção estadual e, recorrendo-se ao Processo Penal, eram asseguradas todas as garantias de defesa previstas para os adultos, mas não se acautelava o carácter estigmatizante que a sujeição ao regime penal acarreta. Este modelo, de carácter responsabilizador e punitivo, privilegia a proteção da sociedade e dos seus valores “sobre as necessidades do menor, tomando o comportamento delituoso como uma escolha pessoal influenciada pela ocasião”¹⁵.

¹⁰ Carvalho, 2016, p. 82.

¹¹ *Idem*, p. 84.

¹² Carvalho, 2016, p. 84.

¹³ Rasi, ano 2018, p. 72.

¹⁴ Santos, 2004, p. 43.

¹⁵ *Ibidem*, p. 43.

A partir de 1880 surgiram Projetos de Lei sobre a proteção da infância que reclamavam uma intervenção jurisdicional mais protetora e educativa do que repressiva. Assiste-se à sensibilização internacional para retirar as crianças e jovens do âmbito do Direito Penal comum aplicado aos adultos. Neste modelo de intervenção (modelo de proteção) desresponsabiliza-se o jovem delincente pelos factos praticados, justificando a não punição pela carência de proteção e assistência a estes jovens. Esta “visão paternalista”¹⁶ caracteriza-se pela indistinção entre crianças maltratadas e negligenciadas e as que praticam factos ilícitos, pois ambas terão o mesmo tratamento, podendo ser-lhes aplicadas as mesmas medidas. É um modelo com um processo informal, sem garantias (como o contraditório ou a constituição de advogado), dotado de medidas flexíveis e indeterminadas na sua duração. Tem a vantagem de comportar uma menor estigmatização do jovem delincente, mas sujeita às mesmas medidas jovens com comportamentos diferenciados, que requerem tratamento distinto.

Em suma, relativamente a estes dois modelos de intervenção – modelo de justiça e modelo de proteção – retira-se uma conclusão incontestável, traduzida nas seguintes palavras de Souto de Moura: “mostra-se tão irrealista considerar o menor irresponsável pelos seus actos, como ignorar o facto de a sua personalidade estar em formação”¹⁷.

Na busca pelo equilíbrio entre as soluções oferecidas pelos dois modelos surge a “terceira via”, que combina as exigências e o carácter educativo do modelo de proteção com a responsabilização do jovem e o reconhecimento dos seus direitos e garantias constitucionais, penais e processuais, características próprias do modelo de justiça. Neste sistema atual, o interesse do jovem “prevalece sobre as expectativas [que a] [...] comunidade [tem sobre] [...] segurança e paz social”¹⁸ e a intervenção estadual é distinta consoante se trate de jovens em risco, “cuja intervenção é preferencialmente social e só subsidiariamente judicial”¹⁹, e jovens delinquentes, “cuja intervenção é de natureza judicial”²⁰.

Paralelamente, na comunidade internacional foi crescendo o interesse pelas problemáticas relacionadas com as crianças e jovens. Deste modo, consagra-se que criança é “todo o ser humano com idade inferior a 18 anos” (art. 1.º da CDC²¹) e que o princípio orientador nesta matéria é o “superior interesse da criança” (art. 3.º da CDC), elencando-se um conjunto de obrigações e garantias processuais a ser respeitadas pelos Estados-parte (art. 40.º da CDC). As Regras de *Beijing*²² estabelecem a privação da liberdade como *ultima ratio* (regra 17.1 al. c), a concessão de vários direitos e efetivação de garantias processuais (regra 19.1), além de determinarem que nenhuma criança pode ser subtraída à vigilância dos pais, a não ser que as circunstâncias do caso o exijam (regra 18.2), norma afluída no art. 22.º da LTE com o princípio da adesão e do consenso. Este último princípio é, a par da mínima intervenção, o verdadeiro princípio orientador de

¹⁶ Rodrigues *in* Rodrigues e Duarte-Fonseca, 2003, p. 7.

¹⁷ Moura, 2002, p. 111.

¹⁸ Ribeiro, 2015, p. 6.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (NU) em 20 de novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de setembro de 1990.

²² Regras Mínimas das NU para Administração da Justiça de Menores, adotadas pela Assembleia Geral das NU através da Resolução 40/33, em 1985.

um processo tutelar educativo moderno, movido por objetivos de prevenção e educação especial.

Por fim, destacam-se os Princípios de *Riade*²³, que sugerem o aumento das medidas preventivas relativas à delinquência juvenil e as Regras de Havana²⁴, que reforçam a ideia da privação da liberdade como último recurso (artigo 2.º).

A nível europeu surgem inúmeras recomendações com a mesma preocupação de garantia dos direitos das crianças e jovens e de prevenção da delinquência juvenil. Destacamos a Recomendação (87)20²⁵ sobre reações sociais à delinquência juvenil, a Recomendação 1532 (2001)²⁶, que aconselha o uso de medidas não judiciais e não privativas da liberdade e reforça as medidas preventivas da violência das crianças, a Recomendação (2003)20²⁷ sobre novas formas do tratamento da delinquência juvenil, dando ênfase à prevenção da delinquência e reincidência, a par da ressocialização e reinserção dos jovens na sociedade, a Recomendação (2005)5²⁸ sobre os direitos das crianças que vivem em instituições residenciais, a Recomendação (2006)19²⁹ que advoga a erradicação dos castigos corporais, a Recomendação (2008)11³⁰, que estabelece as Regras europeias para jovens ofensores sujeitos a sanções ou medidas, onde se defende o abandono progressivo da privação da liberdade, e por fim, a Recomendação (2012)2³¹ que pretende a concretização dos direitos de participação das crianças e jovens nas questões que lhes digam respeito.

É, ainda, de salientar o Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre “A prevenção da delinquência juvenil, as formas de tratamento da mesma e o papel da justiça de menores na União Europeia”³², as Diretrizes sobre a justiça amiga da criança³³ e os Padrões do Comité Europeu para a Prevenção da Tortura, Tratamento e Castigos Degradantes ou Desumanos em relação à proteção de crianças privadas da liberdade contra os maus-tratos e a violência³⁴.

Socorro-nos destes diplomas internacionais, tal como Cunha³⁵, para demonstrar a crescente preocupação com as crianças e jovens, o abandono da proteção desmedida aplicada indistintamente e o apelo ao “respeito pelos direitos e garantias dos jovens e pela sua crescente autonomia, [...] [e progressiva] responsabilização educativa”³⁶.

²³ Princípios Orientadores das NU para Prevenção da Delinquência Juvenil, adotados pela Assembleia Geral das NU através da Resolução 45/112, em 1990.

²⁴ Regras das NU para a Proteção dos Jovens Privados da Liberdade, adotadas pela Assembleia Geral das NU através da Resolução 45/113, em 1990.

²⁵ Adotada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa (CEU) em 17 de setembro de 1987

²⁶ Adotada pela Assembleia Parlamentar do CEU em 24 de setembro de 2001.

²⁷ Adotada pelo Comité de Ministros do CEU em 24 de setembro de 2003.

²⁸ Adotada pelo Comité de Ministros do CEU em 16 de março de 2005.

²⁹ Adotada pelo Comité de Ministros do CEU em 13 de dezembro de 2006.

³⁰ Adotada pelo Comité de Ministros do CEU em 5 de novembro de 2008.

³¹ Adotada pelo Comité de Ministros do CEU em 28 de março de 2012.

³² Parecer 2006/C110/13 do Comité Económico e Social Europeu de 15 de março de 2006.

³³ Adotadas pelo Comité de Ministros do CEU em 17 de novembro de 2010.

³⁴ Surgem no seguimento do Relatório sobre a Violência em Instituições para Delinquentes Juvenis, Comité Europeu para os Problemas Criminais, 2014.

³⁵ Cunha, 2016, pp. 443 a 446.

³⁶ *Idem*, p. 446.

2.2. Caracterização do sistema português

Apesar de o interesse pelas crianças e jovens e a “consciência da necessidade de lhes dedicar um tratamento específico”³⁷ ser recente, já as Ordenações Manuelinas, no Livro III, Título LXXXVIII, proibiam a aplicação da pena de morte a delinquentes menores de 17 anos e os primeiros Códigos Penais³⁸ faziam referência “à prevenção e correção educativa dos jovens delinquentes”³⁹. No entanto, a efetiva proteção dá-se com a Lei de Proteção à Infância (LPI), aprovada pelo DL de 27 de maio de 1911.

Com a LPI criam-se os primeiros Tribunais de Menores, designados de Tutorias de Infância. Este diploma foi bastante inovador por prever algumas garantias processuais, fazer a distinção entre “«menores em perigo moral» e menores agentes de crimes [...] [e pelo] facto praticado [pelo menor contribuir] na escolha da medida a aplicar, acentuando o carácter educativo de tais medidas”⁴⁰. Portugal foi, assim, um dos primeiros países a preocupar-se e a adotar um “conjunto de regras de direito especiais para menores”⁴¹.

Em 1962, para reunir num só diploma as normas relativas a crianças e jovens, aprovou-se a Organização Tutelar de Menores⁴² (OTM), de carácter mais protecionista, protecionismo acentuado com a reforma de 1978⁴³. Neste diploma não se fazia a distinção entre a intervenção junto dos jovens delinquentes e em situação de perigo, havendo, deste modo, uma total indistinção quer se tratasse da intervenção junto de jovens que praticassem factos ilícitos ou estivessem em situações de risco, carentes de proteção.

No atual ordenamento jurídico português, o sistema de proteção e educação de crianças e jovens subdivide-se em dois ramos: a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP), Lei n.º 147/99, de 1 de setembro e a LTE, Lei n.º 166/99, de 14 de setembro, que entraram em vigor no dia 1 de janeiro de 2000. Estes dois diplomas surgem no seguimento da reforma de 1999.

Com efeito, o novo modelo de justiça juvenil preconizado na LPCJP e na LTE rejeita a ideia de os jovens transgressores serem tratados como jovens em perigo, mas salvaguarda o princípio de irresponsabilidade penal, aplicando exclusivamente as medidas educativas.

A revogação do sistema protecionista plasmado na OTM, que durante vários anos implementou uma intervenção meramente assistencial, deu enfoque à participação responsável do menor, enquanto sujeito de direitos e deveres. Com este novo paradigma procurou-se evitar os problemas suscitados pelo modelo de proteção e pelo modelo de justiça no seu estado puro, ressaltando os aspetos positivos de ambos os sistemas, como as garantias processuais (do sistema de justiça) e a importância atribuída à educação para o normal desenvolvimento de uma personalidade em formação e, conseqüentemente, para a socialização (particularidades do sistema de proteção).

³⁷ *Idem*, p. 439.

³⁸ De 1837, 1852 e 1886.

³⁹ Santos, 2004, nota de rodapé 54, p. 127.

⁴⁰ Cunha, 2016, p. 440. Neste sentido também Gersão, 1984, pp. 623 e ss.

⁴¹ Rodrigues, 1997, p. 359.

⁴² Através da aprovação dos Decretos-Leis n.ºs 44287 e 44288, de 20 de abril de 1962.

⁴³ DL n.º 314/78, de 27 de outubro.

A nota característica do modelo português reside na procura da responsabilização educativa, e não da responsabilização penal do adolescente que pratique facto qualificado pela lei como crime. Assim, a grande novidade da LTE, fator distintivo dos outros sistemas de justiça juvenil, é fundar a intervenção do Estado relativamente a jovens infratores, não só no facto considerado como crime pela lei penal, mas, simultaneamente, no “défice de educação para os valores sociais básicos e de socialização desses menores”⁴⁴. Nas palavras de Duarte-Fonseca é a exigência da atualidade deste défice, no momento em que o tribunal decide aplicar a medida, que evita que se fique preso ao momento da prática do facto, fundamentando a futura intervenção e afastando-se “tentações de tipo puramente retributivas que se identificam em grande parte das legislações estrangeiras”⁴⁵, adeptas do modelo de justiça.

De facto, a LTE institui garantias processuais iguais às dos adultos no processo penal. Assim, a par da exigência da prova do facto para legitimar a intervenção, evitando-se o arbítrio de juízos centrados na personalidade e na vida do jovem, características próprias do sistema de proteção, exige-se a prova da atualidade das necessidades educativas do jovem para o Direito, evitando-se os perigos da retribuição pura, cerne das críticas apontadas ao modelo de justiça.

Tal como refere Moura, o fim das penas é defender a sociedade, contribuindo, secundariamente, como um benefício para o condenado, através da sua reinserção social⁴⁶. Ao invés, no âmbito das medidas tutelares, o objetivo primacial é o interesse do jovem, sendo a consolidação da segurança coletiva apenas uma das possíveis consequências da intervenção e não um meio a atingir com a aplicação das medidas.

Este novo modelo de “terceira via”, designado por Clemente como “um novo olhar sobre a criança”⁴⁷, visa a educação do menor para o Direito e a sua inclusão, de forma digna e responsável, na vida em comunidade (art. 2.º, n.º 1 da LTE).

A intervenção tutelar assenta, desta forma, na assunção de responsabilidade por parte do jovem, conferindo-lhe garantias constitucionalmente consagradas, enquanto satisfaz as exigências da comunidade em relação aos jovens delinquentes através da vertente educativa.

Os “12, 16 e 21 anos são marcos etários que originam reacções diversas”⁴⁸, perante a prática de um facto qualificado como crime. Temos, então, no ordenamento jurídico português, três tipos de tratamento dos casos em que as crianças ou jovens cometem ilícitos criminais: até aos 12 anos aplica-se a LPCJP⁴⁹, no sentido da remoção do perigo através das medidas de promoção e proteção; entre os 12 e os 16 anos intervém a LTE, que visa aplicar medidas tutelares educativas a jovens que cometeram factos considerados como crimes à luz da lei penal e evidenciam a necessidade de serem educados para o Direito; depois dos 16 anos, altura em que cessa a inimputabilidade penal, e até aos 21 anos, os jovens começam a responder criminalmente nos termos de um regime especial, previsto

⁴⁴ Duarte-Fonseca, 2014, p. 82.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Moura, 2002, p. 112.

⁴⁷ Clemente, 2002, p. 47.

⁴⁸ Moura, 2002, p. 98.

⁴⁹ A LPCJP aplica-se até aos 18 anos sempre que existam situações de crianças em perigo.

no DL n.º 401/82, de 23 de setembro, onde se estabelece, entre outras medidas, a possibilidade de atenuação especial da pena (art.º 4 do DL n.º 401/82)⁵⁰.

Deste modo, a reação estadual relativamente a adolescentes entre os 12 e os 16 anos que pratiquem facto qualificado pela lei como crime concretiza-se através da LTE. O propósito tutelar educativo, consubstanciado neste diploma, reclama legitimidade por parte do Estado, mesmo contra a vontade de quem detém as responsabilidades parentais, quando se verifique uma situação desviante de rutura com os valores penais. Mesmo que “em rigor o menor não comet[a] crimes, a tutela educativa deverá fazer-se sentir sempre que o menor adopte um comportamento descrito na lei penal como crime, portanto, penalmente ilícito”⁵¹.

Depois de quase 15 anos em vigor e uns quantos pedidos de mudança legislativa, a primeira alteração à LTE deu-se com a entrada em vigor da Lei n.º 4/2015, de 15 de janeiro. Esta modificação não pretendeu alterar filosofias nem princípios, mas responder a controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias, resolvendo questões que se colocavam na prática.

A este respeito o legislador poderia ter aproveitado a oportunidade para alterar a palavra “menor” ao longo do diploma, substituindo-a por “jovem”, espelhando o abandono da menorização da criança⁵², ideia que há muito se acolheu.

Estamos perante uma lei que pretende condicionar e alterar comportamentos, mas acima de tudo alterar percursos de vida, por forma a educar jovens responsáveis, dando-lhes

o direito a um tratamento capaz de favorecer o seu sentido de dignidade e valor, reforçar o seu respeito pelos direitos do homem e as liberdades fundamentais de terceiros e que tenha em conta a sua idade e a necessidade de facilitar a sua reintegração social e o assumir de um papel construtivo no seio da sociedade.⁵³

Com a alteração à LTE, consagrou-se expressamente que qualquer pessoa pode denunciar ao Ministério Público (MP) ou Órgão de Polícia Criminal facto qualificado pela lei como crime, independentemente da natureza do mesmo, por jovem entre os 12 e os 16 anos de idade. Esta consagração relaciona-se com os objetivos concretos da LTE, uma vez que não se permite que a intervenção junto de jovens que necessitam de ser educados fique nas mãos dos ofendidos, à mercê “dos [seus] interesses e vontades”⁵⁴. Pois “admitir o contrário”⁵⁵ permitiria que um particular pudesse impedir o Estado de prosseguir uma tarefa fundamental imposta constitucionalmente, a tarefa de proteção,

⁵⁰ Trata-se de um diploma antigo, desfasado da atualidade, que requer uma revisão urgente para melhor corresponder aos avanços alcançados nestas matérias.

⁵¹ Moura, 2002, p. 92.

⁵² Silva, 2015, p. 29.

⁵³ Art. 40.º, n.º 1 da CDC.

⁵⁴ Silva, 2015, p. 49.

⁵⁵ *Ibidem*.

educação e reinserção do jovem e, colateralmente, de defesa da sociedade⁵⁶ (art. 9.º da CRP).

Como vimos, o novo modelo de justiça juvenil consagra uma “terceira via” de intervenção estatal conjuradora dos aspetos mais vantajosos dos modelos de proteção e de justiça. Tal facto é traduzido na designação dada à LTE que se configura como tutelar “porque atende aos imperativos de protecção da infância e juventude a cargo do Estado, constitucionalmente consagrados”⁵⁷ e educativa “no sentido de que com ele se pretende conquistar o jovem para o respeito pelas normas, prevenindo-se ulteriores infracções, assim se logrando a própria segurança da comunidade”⁵⁸.

A Constituição da República Portuguesa (CRP) abandona a lógica repressiva, já que, estando em causa crianças e jovens que pratiquem factos qualificados pela lei como crimes, o jovem coloca ao Estado um maior desafio devido à sua fragilidade, reclamando uma intervenção tutelar, tal como referem os artigos 69.º e 70.º da CRP, que consagram um especial dever de protecção, a cargo do Estado, da infância e juventude.

A intervenção tutelar tem, antes de mais, de respeitar a dignidade humana (art. 1.º da CRP), e, portanto, respeitar a dignidade da criança ou do jovem, concretizando o disposto no art. 27.º, n.º 1 da CRP (“Todos têm direito à liberdade e à segurança”). Contudo, qualquer intervenção face à delinquência implica restrições de direitos fundamentais, que só poderão ser aceites em nome da salvaguarda de outros interesses constitucionalmente consagrados (art. 18º, n.º 2 da CRP – princípios da dignidade penal, necessidade penal e proporcionalidade).

Capítulo 3. Regime jurídico das medidas tutelares educativas

3.1. As medidas tutelares e pressupostos da sua aplicação

A LTE é a base legal que oferece as soluções para os factos qualificados pela lei como crime quando cometidos por crianças e jovens entre os 12 e os 16 anos (art. 1.º da LTE). A aplicação da medida tutelar visa educar o jovem para o Direito, reintegrando-o na comunidade (art. 2.º da LTE).

As medidas tutelares educativas aplicam-se, então, aos jovens entre os 12 e os 16 anos que pratiquem factos ilícitos e careçam de ser educados para o Direito. Fixa-se como idade mínima para a intervenção os 12 anos, considerando-se que abaixo deste limiar etário as condições biopsicológicas da criança não se coadunam com o sistema judicial. Desta forma, a prática de um facto qualificado pela lei como crime por criança com menos de 12 anos, que se encontre numa situação de perigo, reclama do Estado uma intervenção exclusivamente assistencial, aplicando-se as medidas de promoção e protecção previstas na LPCJP. Os jovens com mais de 16 anos, e até aos 21 anos, como já se encontram sob a esfera penal, poderão ficar sujeitos ao regime penal especial dos jovens adultos.

A execução das medidas educativas pode prolongar-se até aos 21 anos (art. 5.º da LTE), abrangendo os casos de jovens que cometem factos qualificados como crimes

⁵⁶ *Ibidem.*

⁵⁷ Moura, 2002, p. 111.

⁵⁸ *Ibidem.*

pouco antes de completarem 16 anos, evitando-se um internamento com duração insuficiente para cumprir as suas finalidades.

O elenco das medidas é fechado (art. 4.º da LTE) e opera, aqui, o princípio da tipicidade e legalidade. Estão previstas oito medidas tutelares não institucionais, por ordem crescente de gravidade (art. 133.º, n.º 4 da LTE), e uma institucional, a mais gravosa de todas.

A escolha da medida tutelar a aplicar é orientada pelo interesse do jovem (art. 6.º, n.º 3 da LTE), selecionando-se do “catálogo” “a medida mais adequada ao facto e às circunstâncias, personalidade e interesse do menor”⁵⁹. Assim, a medida tem de ser adequada, suficiente e representar a menor intervenção na autonomia de decisão e condução de vida do jovem (art. 6.º, n.ºs 1 e 2 da LTE e 18.º, n.ºs 2 e 3 da CRP – princípios da adequação, suficiência e mínima intervenção), além de ser suscetível de obter a máxima adesão do jovem, pais ou cuidadores (art. 6.º, n.ºs 1 e 2, 22.º, 53.º, n.º 2, 82.º, 84.º, n.ºs 2 e 5, 101.º, n.º 2, al. b), 104.º, n.º 2, al. b), 109.º e 120.º da LTE – princípio da adesão, consenso e interesse do menor). Deve ser, ainda, proporcional à gravidade do facto, só havendo lugar à intervenção educativa se no momento da aplicação da medida subsistir a necessidade de educar o jovem (art. 2.º, 7.º, n.º 1, 78.º, n.º 1, 87.º, n.º 1, al. c), 93.º, n.º 1, al. b), 110.º, n.º 2, 119.º, n.º 2 e 120.º da LTE), respeitando-se os princípios da atualidade, oficialidade, obtenção da verdade material, contraditório, livre apreciação da prova e celeridade processual (art. 45.º, 46.º, 47.º, 75.º, 77.º, n.º 1, 94.º, n.º 1, 99.º, 105.º, 127.º-A e 128.º da LTE)⁶⁰. Deste modo, conclui-se que é fundamental que a medida escolhida seja proporcional às necessidades educativas do jovem no momento da decisão, funcionando a gravidade do facto praticado como o limite máximo da medida.

As medidas tutelares educativas são aplicadas no término de um processo tutelar promovido na Secção de Família e Menores da Instância Central do Tribunal de Comarca (art. 28.º da LTE) ou na Secção Criminal da Instância Local (art. 29.º da LTE), nas áreas não abrangidas pela jurisdição das Secções de Família e Menores. Se o jovem completar 18 anos sem que tenha havido decisão em 1.ª instância, cessa a competência das Secções de Família e Menores, não se iniciando o processo ou se este já tiver sido iniciado arquivava-se (art. 28.º, n.º 2, al. b) e n.º 3 da LTE).

Na generalidade dos casos os problemas têm a sua génese no ambiente familiar e social vivenciado pelo jovem. Pois, se assim é, faz sentido que a lei proponha um trabalho conjunto entre pais ou cuidadores e o jovem, uma vez que a adesão de todos será imprescindível para o sucesso da intervenção tutelar, auxiliado pelos técnicos dos serviços de reinserção social, segurança social e outras entidades.

A LTE prevê, no art. 43.º, a participação pelo MP às entidades competentes de situações de jovens que, para além da intervenção tutelar educativa, ou em substituição desta, necessitam de ser protegidos (al. a), necessitam que sejam tomadas medidas relativas ao exercício ou suprimento das responsabilidades parentais (al. b) ou requerem a aplicação de uma medida de proteção prevista na LPCJP. Permite-se, assim, que

⁵⁹ Andrade, 2018, p. 98.

⁶⁰ Guerra, 2002, p. 188.

os processos coexistam, aplicando-se uma medida tutelar educativa e uma medida de promoção e proteção, como, por exemplo, a medida de apoio junto dos pais (art. 39.º da LPCJP). O processo tutelar até pode vir a ser arquivado, subsistindo o processo de proteção ao abrigo da LPCJP.

É, portanto, essencial lutar por implicar pais ou cuidadores em todo o processo, sempre que tal se afigure possível, apelando para que estes reconheçam que muitas vezes o problema reside ou pode residir neles. No concreto caso da medida tutelar institucional, são estas as pessoas que podem e devem ter um papel determinante na preparação do regresso do jovem ao seu meio social.

Em suma, para haver intervenção tutelar e, eventualmente, a aplicação de uma medida, é necessária a verificação dos seguintes pressupostos relativos à idade: o facto ter sido praticado por jovem entre os 12 e os 16 anos; não ter sido aplicada pena de prisão efetiva, em processo penal, por crime praticado pelo jovem com idade entre os 16 e os 18 anos; e, por fim, não ter completado 18 anos à data da decisão em 1.ª instância (art. 28.º, n.º 2 da LTE). Os outros dois pressupostos, considerados por Martins como os “grandes pressupostos”⁶¹, são: a prática de facto qualificado pela lei como crime, ou seja, a existência de uma ofensa a um bem jurídico fundamental, e a exigência da necessidade de educação do jovem para o Direito, que subsista no momento da decisão.

Falamos da finalidade de educar para o Direito e não da retribuição pelo crime, já que só se aplicará a medida se se concluir que a criança ou jovem tem a necessidade de ver corrigida a sua personalidade⁶², o que não acontece se a prática do facto exprimir uma “congruência ou mesmo tão-só de não desrespeito para com os valores jurídicos essenciais”⁶³.

3.2. A medida tutelar de internamento em Centro Educativo

As medidas encerram um “carácter pedagógico de efeito reparador”⁶⁴, representando a medida de internamento a *ultima ratio* destinada aos jovens que evidenciam necessidades educativas especiais, que requerem o “afastamento temporário do seu meio habitual e a utilização de programas e métodos pedagógicos”, a fim de promover “a interiorização de valores conformes ao direito e a aquisição de recursos que lhe permitam, no futuro, conduzir a sua vida de um modo social e juridicamente responsável” (artigo 17.º, n.º 1 da LTE).

Deste modo, a medida de institucionalização preconiza-se como instância socializadora, uma vez que o jovem, ainda em formação, vai interiorizar normas jurídicas e valores socialmente partilhados, que foram desrespeitados pela prática dos factos criminosos.

Sendo uma medida de último recurso, só se aplica a situações em que o interesse do jovem só possa ser satisfeito com a colocação institucional, visando uma intervenção educativa que maximize o desenvolvimento individual, uma vez que, tal como refere

⁶¹ Martins, 2002, p. 177.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Rodrigues e Duarte-Fonseca, 2003, p. 57.

⁶⁴ Manso, 2009, p. 32.

Silva, “no processo tutelar educativo não pode valer tudo, à boleia da educação do jovem, [...] por estarmos num domínio de legalidade e defesa, com dever de observância de garantias acrescidas em relação à justiça de adultos”⁶⁵.

O internamento está previsto em três regimes diferentes de execução, o regime aberto, semiaberto e fechado, e é executado em CE classificado de acordo com o correspondente regime de funcionamento e grau de abertura ao exterior (art. 17.º, n.º 2 e 167.º a 169.º da LTE). A modalidade de execução é sempre fixada pelo tribunal que decreta o internamento (art. 118.º, n.º 4 da LTE) e, em caso algum, poderá a duração da medida ultrapassar o limite da pena de prisão prevista para o crime correspondente ao facto (art. 18.º da LTE).

No regime aberto e semiaberto a duração mínima da medida é de seis meses e a máxima é de dois anos (art. 18.º, n.º 1 da LTE). No regime fechado a duração da medida é, igualmente, de seis meses a dois anos (art. 18.º, n.º 2 da LTE), salvo nos casos em que o jovem tenha “praticado facto qualificado como crime a que corresponda pena máxima, abstratamente aplicável, de prisão superior a oito anos, ou dois ou mais factos qualificados como crimes contra as pessoas a que corresponda a pena máxima, abstratamente aplicável, de prisão superior a cinco anos.”, em que a medida pode ter a duração máxima de três anos (art. 18.º, n.º 3 da LTE).

Os pressupostos para a aplicação de medida de internamento em regime semiaberto são a prática pelo jovem “de facto qualificado como crime contra as pessoas a que corresponda pena máxima, abstratamente aplicável, de prisão superior a três anos ou tiver cometido dois ou mais factos qualificados como crimes a que corresponda pena máxima, abstratamente aplicável, superior a três anos.” (art. 17.º, n.º 3 da LTE).

Relativamente ao regime fechado os pressupostos que se têm de verificar, cumulativamente, são a prática pelo jovem de “facto qualificado como crime a que corresponda pena máxima, abstratamente aplicável, de prisão superior a cinco anos ou ter cometido dois ou mais factos contra as pessoas qualificados como crimes a que corresponda pena máxima, abstratamente aplicável, de prisão superior a três anos” e que o jovem tenha, à data da aplicação da medida, idade igual ou superior a 14 anos (art. 17.º, n.º 4 da LTE).

Quando for aplicada medida de internamento em regime aberto ou semiaberto exige-se a realização de um relatório social com avaliação psicológica (art. 71.º, n.º 5 da LTE), que auxilia o juiz no conhecimento da personalidade, conduta, situação socioeconómica, escolar e familiar do jovem, e sempre que se aplique medida de internamento em regime fechado impõe-se a realização de perícia sobre a personalidade do jovem pelos serviços de reinserção social (art. 69.º da LTE).

A intervenção tutelar educativa orienta-se no sentido de educar os jovens para os valores sociais que estes evidenciaram precisar interiorizar, não se trata de “uma terapia mas, sim, uma reorganização de valores e normas de conduta”⁶⁶.

Os instrumentos organizativos da intervenção educativa nos CEs estão previstos no Regulamento Geral e Disciplinar dos Centros Educativos⁶⁷ (RGDCE), designadamente

⁶⁵ Silva, 2015, p. 58.

⁶⁶ Comissão de Acompanhamento e Fiscalização dos Centros Educativos, Relatório de 2012.

⁶⁷ Aprovado pelo DL n.º 323-D/2000, de 20 de dezembro.

nos arts. 17.º a 21.º, e são o Projeto de Intervenção Educativa (PIE), o Regulamento Interno (RI), as Orientações Pedagógicas Gerais e o Projeto Educativo Pessoal (PEP).

A intervenção educativa traduz-se

no desenvolvimento de programas de educação formal, não formal e informal, como programas de escolaridade e de orientação vocacional, de formação profissional e laboral, de animação sócio-cultural e desportivos, de educação para a saúde e terapêuticos, e de satisfação de necessidades educativas específicas associadas ao comportamento delincente.⁶⁸

previstos nos arts. 25.º a 32.º do RGDCCE.

É de salientar o acompanhamento individualizado de cada jovem que se reflete na elaboração de um PEP, que conta com a participação ativa deste e “define os objetivos a prosseguir [...] [e] os meios para os alcançar”⁶⁹, tendo em consideração “as particulares necessidades de formação, em matéria de educação cívica, escolaridade, preparação profissional e ocupação dos tempos livres”⁷⁰.

Capítulo 4. Finalidades das medidas tutelares educativas

As medidas tutelares educativas “visam a educação do menor para o direito e a sua inserção, de forma digna e responsável, na vida em comunidade” (art.º 2.º, n.º 1 da LTE). Deste modo, a finalidade última das medidas tutelares é corrigir o comportamento do jovem, adequando-o às normas e valores jurídicos fundamentais à vida em sociedade; assim, educa-se o jovem a respeitar pessoas e bens, assegurando a sua re(integração) social. Trata-se de jovens que deixaram de evoluir sobre o padrão do respeito de pessoas e bens, necessitando, assim, de ser educados para o Direito, sendo por esta razão que o Estado intervém, fazendo-os retomar o caminho do respeito pelos bens e pelos outros.

Esta finalidade distingue-se dos fins da intervenção penal, “que visa a protecção dos bens jurídicos essenciais da comunidade através da reacção punitiva”⁷¹. Ao invés, neste âmbito tutelar educativo, se o comportamento do jovem não desrespeitar valores jurídicos ou, mesmo que desrespeite valores jurídicos essenciais, se tal fizer parte do “processo normal de aprendizagem”⁷² ou se, entretanto, o jovem já interiorizou a importância dos valores violados e modificou o seu comportamento, não há lugar à aplicação de uma medida tutelar porque no momento da sua aplicação pode já não subsistir a necessidade de o educar para o Direito. Neste contexto, a medida é concebida como uma consequência possível e como mecanismo que desencadeia a aprendizagem.

Assim, só se justifica a intervenção do Estado quando se verifique uma rutura com os valores jurídicos essenciais, penalmente consagrados, que “representam o quadro de referência e o mínimo de obediência devida por qualquer cidadão”⁷³. O Estado tem, deste modo, o direito e o dever de intervir quando um jovem ao ofender valores protegidos

⁶⁸ Delgado, 2006, p. 204.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Duarte-Fonseca, 2014, p. 83.

⁷¹ Delgado, 2006, p. 194.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Duarte-Fonseca, 2014, p. 80.

pelas normas penais, “revele a necessidade de ser educado para o direito, por forma a interiorizar as normas violadas e os valores jurídicos que estas tutelam”⁷⁴.

Rodrigues e Duarte-Fonseca sugerem como critérios para determinar a necessidade de educação para a vida em sociedade: “a idade, sexo, situação familiar, escolar, a inteligência ou o comportamento”⁷⁵ do jovem, antes e depois da prática do crime.

Na sequência de um estudo⁷⁶, elaborado por Neves, verificou-se que, na prática, a educação para o Direito se limitava ao contacto dos jovens com os seus processos judiciais. Apesar de esta conclusão ser generalizada, tal como refere Duarte-Fonseca⁷⁷, permite constatar a carência de programas específicos nos CEs. Contudo, parece que esta carência tem vindo a ser colmatada, já que se tem vindo a implementar programas de desenvolvimento de competências pessoais e sociais, como o Programa Gerar Percursos Sociais (GPS) ou o Programa Economia para o Sucesso, para se compreender a relação entre a educação e o sucesso⁷⁸.

Se num primeiro plano a densificação do conceito “educação para o Direito” cabe aos tribunais, os serviços de reinserção social complementam-no, posteriormente, já que uma correta formulação e compreensão ao nível da Administração é essencial para uma intervenção tutelar educativa frutífera⁷⁹. Contudo, na prática, educa-se para o Direito nos CEs através do treino e desenvolvimento de competências dos jovens, da frequência dos programas formativos e de evitamento do comportamento delinvente (arts. 25.º a 32.º do RGDCE).

Posto isto, o objetivo último da aplicação das medidas é a educação do jovem para o Direito e a sua reinserção social, devendo o jovem “[interiorizar os] [...] valores sociais e [...] [aprender os] [...] recursos necessários para uma vida autónoma e juridicamente responsável”⁸⁰.

Para Neves a educação para o Direito implica “uma equivalência entre as necessidades de educação para o direito e de correção da personalidade; uma recusa dos procedimentos tecnicistas e uma priorização da dimensão da intervenção que visa a adequação dos comportamentos ao dever-ser jurídico em detrimento das deficiências morais e educativas dos menores”⁸¹.

Ao invés, Figueiredo entende o conceito de educação para o Direito como uma forma mais restrita do que educação para a cidadania, porque implica um **“processo que leve o jovem a aderir aos valores básicos da vida em sociedade, refletidos nos valores jurídico-penais, de forma a que com eles conforme a sua conduta e não cometa crimes”**⁸².

No mesmo sentido, Fernando esclarece que se trata de “intervir quando necessário para garantir que o seu desenvolvimento ocorra de forma harmoniosa e socialmente

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Rodrigues e Duarte-Fonseca, 2003, p. 73.

⁷⁶ Neves, 2009 *apud* Duarte-Fonseca, 2014, p. 93.

⁷⁷ Duarte-Fonseca, 2014, p. 93.

⁷⁸ Relatório de Atividades, 2017, pp. 298-325.

⁷⁹ Figueiredo, 2002, p. 196.

⁸⁰ Delgado, 2006, pp. 193 e 194.

⁸¹ Neves, 2008 *apud* Torres, 2010, p. 39.

⁸² Negrito do Autor, Figueiredo, 2002, p. 197.

integrada e responsável, tendo como referência o dever-ser jurídico consubstanciado nos valores juridicamente tutelados pela lei penal, enquanto valores mínimos e essenciais da convivência social”⁸³.

Souto de Moura salienta que na CRP (art. 70.º, n.º 2 da CRP) as políticas para a juventude definem-se como “a criação de condições para a integração da vida activa e da criação de um sentido de serviço à comunidade [o que determina que] [...] a legitimidade do Estado para intervir não pode ser mais do que numa perspectiva de educação “para o direito”.⁸⁴ Assim, “educar não é [...] fornecer informação, [mas] antes proporcionar o desenvolvimento harmónico de uma personalidade”⁸⁵, formando “mulheres e homens que interiorizem uma ideia de interdito”⁸⁶. Este autor realça, ainda, que “educar para o direito não é, portanto, em primeira linha, defender a sociedade. É, sobretudo, ajudar alguém para que possa ser um cidadão adaptado”⁸⁷.

Todos estes autores apontam para algumas características do processo de educação para o Direito, destacando o desenvolvimento da personalidade dos jovens através da interiorização de valores sociais e da aprendizagem das normas penais, para que estes conformem os seus comportamentos e se integrem plenamente na sociedade.

No nosso entender educar para o Direito consiste em oferecer ao jovem todos os elementos pessoais, sociais e afetivos para que, no futuro, quando este deixar o CE esteja munido de todas as ferramentas indispensáveis para viver em sociedade, respeitando as normas jurídicas e sociais.

A inserção do jovem na comunidade é, a par da educação para o Direito, um dos propósitos da execução das medidas tutelares.

Como realça Figueiredo⁸⁸, esta última finalidade, sem nunca esquecer os limites a que a intervenção estadual está subordinada, possibilita trabalhar junto dos jovens, ensinando-lhes competências sociais e pessoais, e junto das suas famílias, ajudando a criar melhores condições de convivência para o jovem conduzir a sua vida de forma responsável, sem reincidir.

A partir destes dois conceitos que fixam a intervenção tutelar educativa – “educação para o direito” e “inserção na vida em comunidade” – anteriormente enunciados, a execução das medidas deve permitir que o jovem se confronte com o sucedido para que, aprendendo com os seus erros, se reconcilie com o passado e prepare o seu futuro.

Para tal, e como adita Figueiredo, tudo isto só é possível se a execução das medidas se fundar numa “pedagogia de responsabilidade”⁸⁹, em que o jovem aprende valores, se defronta com os seus direitos e deveres e respeita o próximo.

Deste modo, as medidas tutelares educativas fundamentam-se no “princípio geral de responsabilidade”⁹⁰, isto é, no reconhecimento por parte do jovem da ilicitude dos

⁸³ Fernando, 2002, p. 126.

⁸⁴ Sublinhado do Autor, Moura, 2002, p. 118.

⁸⁵ Moura, 2002, p. 118.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ Itálico do Autor, Moura, 2002, p. 119.

⁸⁸ Figueiredo, 2002, p. 197.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ Delgado, 2006, p. 206.

factos praticados, da “gravidade da sua conduta, [...] [e dos] direitos pessoais ou patrimoniais que lesou”⁹¹. O jovem tem, por conseguinte, autonomia e capacidade para se interrogar e compreender o porquê de ter adotado certas condutas e as consequências que estas acarretam.

Este princípio geral de responsabilidade enforma o sistema tutelar educativo, repercutindo-se: nos critérios que pautam a escolha das medidas, onde se privilegia as capazes de obter uma maior adesão do jovem, pais, representante legal ou pessoa que detenha a guarda de facto (art. 6.º da LTE); na obrigação de obter o consentimento do jovem para aplicar certas medidas (arts. 11.º, n.º 6 e 14.º, n.º 4 da LTE); na participação dos pais, representante legal ou pessoa que detenha a guarda de facto (art. 22.º da LTE); na figura da mediação (art. 42.º da LTE), que apela ao consenso e resolução positiva do problema; nos direitos processuais atribuídos ao jovem (arts. 45.º, especialmente o n.º 2, 46.º, 46.º-A e 47.º da LTE); na possibilidade do jovem, pais, representante legal ou pessoa que detenha a guarda de facto do jovem solicitarem a revisão da medida tutelar educativa (art. 137.º, n.º 1 da LTE); e, ainda, no conjunto de direitos e deveres do jovem que cumpra medida de internamento em CE (arts. 171.º e 172.º da LTE)⁹².

Destacamos o envolvimento parental ou de outras pessoas de referência para o jovem (art. 22.º da LTE), “enquanto princípio essencial para o bom êxito da educação do menor para o direito”⁹³, que vai mais além dos direitos que os pais têm durante a execução da medida de internamento (art. 173.º da LTE). Esta execução participada foi alterada pela Lei n.º 4/2015, alargando esta participação a todas as medidas tutelares educativas, eliminando a restrição de aplicação somente à medida institucional privativa da liberdade.

Com efeito, a participação dos pais é crucial para prosseguir os objetivos da intervenção educativa. Assim, sempre que tal participação não se afigure possível ou não seja benéfica, porque é nos pais que se encontram fatores desestabilizadores, deverá procurar-se outras pessoas de referência para o jovem. À pergunta colocada por Silva⁹⁴ se serão os pais causa do problema ou ponto de partida para a sua resolução, “a resposta não pode ser unívoca nem linear”⁹⁵, tudo depende do caso concreto e “mesmo no caso de os pais terem contribuído [...] para o percurso delinvente do jovem, poderão (deverão) passar a ser fonte de resolução do problema [...], passando a contribuir para a [...] educação para o respeito pelos valores fundamentais da sociedade”⁹⁶ que o seu filho demonstrou violar com a prática do facto ilícito. No fim, tudo fica dependente da vontade dos pais alterarem, ou não, o modo como se relacionam com o seu filho, nunca esquecendo que nesta matéria o limite é sempre o superior interesse da criança⁹⁷.

Quando o acompanhamento pelos pais ou pela pessoa de referência não for possível, a Lei n.º 4/2015 acrescentou a possibilidade de o Tribunal associar à execução das

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² Elenco retirado de Delgado, 2006, p. 208.

⁹³ Cunha, 2018, p. 117.

⁹⁴ Silva, p. 109, n.º 3 *apud* Cunha, 2018, p. 117.

⁹⁵ Cunha, 2018, p. 118.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ *Idem*, p. 119.

medidas tutelares educativas uma entidade de proteção social (art. 22.º, n.º 3 da LTE). Reforça-se, deste modo, a importância de uma participação exterior, quer seja dos pais ou pessoa de referência, quer de entidades de proteção social, na educação e reinserção social do jovem.

A intervenção tutelar baseia-se na responsabilização do menor enquanto “actor social”, num claro reconhecimento por si da ilicitude dos factos praticados, compreendendo que violou a lei da sociedade onde se insere, que causou um prejuízo à vítima e na aceitação das respectivas consequências⁹⁸.

Uma vez apurada a responsabilidade, a medida tutelar é ajustada às circunstâncias do caso concreto e só atinge eficazmente os seus objetivos quando o jovem participa ativamente na sua ressocialização. Nas palavras de Delgado, “promove-se o interesse do jovem responsabilizando-o perante a justiça, responsabilizando-o perante si próprio e perante os outros”⁹⁹. Como refere Gersão, “nada é mais conforme com os interesses do jovem do que desenvolver o seu sentimento de responsabilidade perante os outros”¹⁰⁰. Acrescentando, ainda, que “mais educativo do que ignorar as infracções praticadas é [...] chamar a atenção para os danos e sofrimentos que esses factos causam [...] e tornar claro que comportamentos dessa natureza são socialmente inaceitáveis”¹⁰¹.

Retomando as palavras de Delgado, o sistema tutelar educativo culmina na prevenção especial e na integração social através de medidas que, apesar de serem educativas, representam uma limitação na autonomia de decisão do jovem, obrigando-o a adotar ou a abster-se de praticar certos comportamentos¹⁰². Este autor destaca, ainda, que a aplicação de uma medida tutelar “trata-se de uma última oportunidade [...] no fim do período da inimputabilidade, para que o jovem corrija o seu comportamento e evite uma resposta inserida no Direito Penal”¹⁰³.

Posto isto, a adesão e concordância do jovem não são uma finalidade da intervenção tutelar, mas devem orientar a sua execução. Assim, e tal como enunciado anteriormente, o Tribunal deve escolher, de entre as medidas adequadas, a que obtenha maior adesão por parte do jovem, pais, representante legal ou pessoa que detenha a sua guarda de facto (art. 6.º, n.º 1 da LTE). Esta participação não se esgota com o decurso do processo tutelar porque

O recurso à tutela educativa pode evitar-se ou pelo menos reduzir-se com a participação de cada um e das entidades competentes na prevenção primária, diminuindo a influência dos factores de risco que conduzem ao conflito social.¹⁰⁴

⁹⁸ Furtado e Guerra, 2001, p. 101 *apud* Delgado, 2006, p. 207. No mesmo sentido, Rodrigues, 1997, p. 375: “impõe-se ensinar-lhe a ser responsável, isto é, a ser actor social. Pelo que, a responsabilidade de que aqui se trata não é uma responsabilidade pelo facto (típica do direito penal), mas uma responsabilidade por aquilo que o menor ‘é’”.

⁹⁹ Delgado, 2006, p. 207.

¹⁰⁰ Gersão, 2001, p. 472.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² Delgado, 2006, p. 207.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ *Idem*, p. 208.

Inúmeros estudos¹⁰⁵ demonstram que o conflito social espelhado na prática do crime é antecedido, na maior parte dos casos, pela constante exposição a situações de perigo. Deste modo, uma intervenção preventiva precoce conduzirá à redução da delinquência juvenil.

Aliás, a participação não se esgota também com o término da medida, uma vez que o regresso do jovem ao mundo exterior está próximo. Deste modo, é imperativo trabalhar na transição para a vida em liberdade desde o início da aplicação da medida tutelar.

Tal como previamente descrito, os fatores que despoletam o conflito social encontram-se muitas vezes presentes no contexto familiar. É, então, essencial contar com a presença daqueles que são mais próximos do jovem, porque responsabilizá-lo “sem procurar modificar o meio em que está inserido”¹⁰⁶, condena o processo tutelar ao falhanço, a não ser que o jovem se afaste por completo do ambiente que o rodeia, aprendendo a comportar-se sem ser influenciado pelo meio envolvente.

Sintetizando, e parafraseando Delgado:

Independentemente da pedagogia da responsabilidade e da importância de se reconhecer ao jovem o estatuto de sujeito autónomo e competente, não se pode, não se deve, divorciar a conduta criminosa do contexto familiar e social que envolve o jovem.¹⁰⁷

Capítulo 5. A medida de internamento em Centro Educativo

A medida institucional é cumprida em Centro Educativo (art. 17.º, n.º 2 e 143.º a 209.º da LTE) que depende da Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais (DGRSP, art. 2.º do DL n.º 215/2012 de 28 de setembro).

De modo a cumprir a finalidade educativa inerente à medida de internamento, os CEs têm de atuar segundo alguns princípios de intervenção, como a socialização (art. 159.º da LTE), escolaridade (art. 160.º da LTE) e formação profissional e laboral (art. 161.º da LTE), imprescindíveis à reintegração do jovem na sociedade.

“Estes vectores de intervenção são considerados aquando da elaboração do Projeto Educativo Pessoal”¹⁰⁸, nos primeiros trinta dias após a entrada do jovem no CE, projeto posteriormente homologado por tribunal (art. 164.º da LTE).

A este propósito Duarte-Fonseca realça que “a diferença da medida de internamento relativamente [às] outras medidas tutelares educativas reside, conseqüentemente, nos meios a utilizar para atingir a socialização do adolescente ou do jovem”¹⁰⁹, uma vez que na medida tutelar de internamento são aplicados programas pedagógicos adaptados às necessidades educativas de cada um dos jovens, num contexto de privação

¹⁰⁵ *Idem*, pp. 208 e 209.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 209.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ Manso, 2009, p. 33.

¹⁰⁹ Duarte-Fonseca, 2014, p. 80.

de liberdade. A estes programas e métodos pedagógicos acrescem os programas e métodos terapêuticos (art. 2.º, n.º 2 do RGDCE).

No PEP especificam-se os objetivos a alcançar durante a intervenção educativa, tendo em consideração as necessidades educativas do jovem, assim como o seu estado de saúde, a sua assiduidade e empenho escolar ou profissional, os seus interesses, motivações e se tem ou não apoio familiar, tudo considerado com o objetivo final de o preparar para a saída do CE.

Como vimos anteriormente, o PEP é expressão da singularidade e individualização da execução da medida de internamento em CE, definindo os objetivos a prosseguir, bem como os meios para os alcançar. Espera-se que os programas e métodos eduquem o jovem para os valores sociais que mostrou desrespeitar, apostando na responsabilização pelo dano social causado.

Retomando as palavras de Duarte-Fonseca¹¹⁰ convém referir que, neste âmbito, a privação da liberdade não pode ser usada como argumento para garantir a segurança da comunidade, nem um motivo para colocar a vida do jovem em suspenso. Acresce que, a instituição educativa onde se cumpre o internamento, nomeadamente, em regime fechado, é diferente de uma prisão, sob pena da função educativa perder o sentido.

Relativamente à organização do quotidiano no CE, segundo alguma doutrina, particularmente Delgado, “deve[-se] ter como referência a vida social comum, nomeadamente ao nível da habitabilidade, do conforto, da personalização do espaço, da realização de refeições adequadas, da programação das actividades, da abertura e da integração na comunidade”¹¹¹.

Rodrigues e Duarte-Fonseca referem que, mesmo em CE de regime fechado, as instituições “podem e devem [manter] [...] condições, por exemplo, de habitabilidade, de decoração e de conforto, semelhantes às de uma habitação familiar, para evitar a frieza e impessoalidade dos espaços”¹¹², uma vez que a falta de ligação entre o jovem e a instituição não é favorável à integração deste, tanto no CE, como no grupo dos jovens internados, assim como não é benéfico ao progresso educativo individual que se quer alcançar.

No entanto, convém realçar que a organização do CE não deve imitar a vida fora do CE. Partilhamos da opinião dos autores anteriormente citados relativamente às condições dos espaços da instituição ao nível da habitabilidade, da decoração do quarto do jovem com objetos pessoais (58.º e 64.º do RGDCE), do uso pelo jovem de roupa sua, desde que não entre em conflito com as normas estipuladas quer no RGDCE (art. 61.º do RGDCE), quer no RI de cada CE. Contudo, encontramos-nos num contexto de privação de liberdade, de corte com o mundo exterior, para executar uma medida tutelar educativa, que limita, a título excecional, alguns direitos dos jovens. Assim, “a estadia não deve procurar reproduzir uma normalidade”¹¹³, porque o jovem é retirado temporariamente do seu meio, onde as regras sociais mínimas não são respeitadas, com o objetivo de ser educado para o Direito.

¹¹⁰ *Idem*, p. 83.

¹¹¹ Delgado, 2006, p. 204.

¹¹² Rodrigues e Duarte-Fonseca, 2000, p. 296.

¹¹³ Delgado, 2006, p. 204.

Sintetizando, a passagem dos jovens “não é nem pode ser considerada como uma alternativa de vida”¹¹⁴, porque parafraseando Rodrigues e Duarte-Fonseca, “trata-se de excluir para (re)integrar”¹¹⁵.

A LTE é clara quando subordina a atividade dos CEs ao conjunto de direitos e deveres concedidos ao jovem (art. 159.º da LTE), não podendo o internamento em CE implicar a privação dos direitos e das garantias que a lei reconhece aos jovens, salvo restrição aplicada pelo tribunal (art. 171.º, n.º 2 da LTE).

A “privação da liberdade, a par do recurso a programas e métodos pedagógicos, é tida como instrumental relativamente à socialização do adolescente ou do jovem”¹¹⁶ (art. 17.º da LTE). Mas uma privação da liberdade sem uma prévia preocupação em educar o jovem para os valores jurídicos essenciais consubstancia uma violação do art. 5.º, n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH). Neste diploma estabelecem-se, de forma taxativa, as situações em que uma pessoa pode ser privada da liberdade, mediante procedimento legal. Nomeadamente, a al. d) refere-se à detenção legal de um menor feita com o propósito de o educar sob vigilância ou da sua detenção legal com o fim de o fazer comparecer perante a autoridade competente.

Deste modo, para a medida de internamento em CE ser conforme à lei nacional e à CEDH tem de ser executada numa instituição que detenha todos os recursos necessários para executar, em segurança, a modalidade do internamento determinado pelo tribunal, a par da aplicação dos programas pedagógicos indispensáveis à educação do jovem para o Direito (art. 17.º, n.º 2 da LTE).

Os regimes de execução do internamento são, então, fixados pelo tribunal e diferenciam-se pelo grau de limitação da liberdade e da autonomia dos jovens, designadamente na relação com o meio exterior (art. 12.º, n.º 1 do RGDCE). Estão previstos três regimes de execução da medida de internamento e conseqüente grau de abertura do CE ao exterior: o regime aberto, semiaberto e fechado (art. 4.º, n.º 3 da LTE).

No regime aberto os jovens residem no estabelecimento, mas frequentam no exterior as atividades escolares, laborais e de tempos livres previstas no seu PEP (art. 167.º da LTE e art. 13.º do RGDCE). Este regime presta-se, especialmente, à execução de projetos de intervenção educativa e de programas que não requeiram a interrupção dos laços com a comunidade, caracterizando-se pela abertura e colaboração com o meio envolvente. Permite-se “a saída regular e constante da instituição e a participação das entidades do exterior nas estruturas e actividades do Centro”¹¹⁷. Para tal, “A vigilância deve ser discreta de modo a não condicionar o contacto com o exterior”¹¹⁸. Esta modalidade é bastante criticada, questionando-se a sua existência e aplicabilidade, uma vez que é diminuto o acompanhamento do jovem pelas estruturas dos CEs. Trata-se de um regime em que o jovem não deixa de contactar com a sua escola habitual, nem com os seus amigos, ficando apenas afastado da família. Tal como Cunha¹¹⁹, consideramos que deve ser

¹¹⁴ *Idem*, p. 205.

¹¹⁵ Rodrigues e Duarte-Fonseca, 2000 *apud* Delgado, 2006, p. 204.

¹¹⁶ Duarte-Fonseca, 2014, p. 80.

¹¹⁷ Delgado, 2006, p. 199.

¹¹⁸ *Idem*, p. 200.

¹¹⁹ Cunha, 2016, pp. 466 e 467.

aplicado quando o elemento “desestabilizador ou, até, potenciador da delinquência”¹²⁰ é o ambiente familiar, podendo também ser utilizado numa fase final do internamento, observando-se o princípio da progressividade das medidas tutelares educativas.

No regime semiaberto, os educandos residem, são educados e frequentam atividades educativas e de tempos livres no CE, mas podem ser autorizados a frequentar no exterior atividades escolares, laborais ou desportivas, na medida do que se revele necessário para a execução inicial ou faseada do PEP (art. 168.º da LTE e art. 14.º do RGDCE). Nas saídas do CE o jovem é acompanhado “por pessoal responsável, que deve ser o mais discreto possível”¹²¹. Ao contrário do regime aberto, neste regime o tipo e número de atividades em que os jovens podem participar é mais restrito, estando, portanto, a abertura ao exterior mais condicionada. As medidas de vigilância e proteção são perceptíveis, porque, “por exemplo, as portas do estabelecimento encontram-se fechadas”¹²². A vida do jovem centra-se na instituição, podendo, eventualmente, sob autorização e acompanhamento, passar pelo meio envolvente. É a modalidade mais usada por ser flexível, acompanhando o progresso do jovem, pois permite uma maior ou menor abertura ao exterior.

Por fim, no regime fechado os educandos residem, são educados e frequentam atividades formativas e de tempos livres exclusivamente dentro do CE. Este regime obriga os educandos a permanecerem diariamente na instituição, limitando as saídas a circunstâncias excecionais, como o cumprimento de obrigações judiciais ou por razões de saúde. Deste modo, e com vista à minimização dos efeitos decorrentes desta modalidade devem proporcionar-se diferentes opções de atividades formativas, desportivas e de tempos livres no CE (art. 169.º da LTE e art. 15.º do RGDCE). Este regime está reservado aos jovens que, à data da aplicação da medida, contem no mínimo 14 anos de idade e tenham praticado factos de maior gravidade. Os CEs com este regime estão dotados de “barreiras físicas e meios de vigilância [...] [para evitar] fugas dos jovens”¹²³. Não obstante, os meios de segurança, seja qual for o regime em causa, são instrumentais face à principal função das instituições, que é a ação educativa.

A intervenção em CE baseia-se num “sistema progressivo de faseamento”¹²⁴ (art. 162.º da LTE) composto por quatro fases, distinguindo-se os objetivos almejados em cada uma e o respetivo sistema de reforços positivos e negativos. A primeira fase, fechada, é comum a todos os regimes, “prevendo-se uma abertura progressiva ao exterior nas restantes fases (com uma aquisição gradual de liberdade) atendendo aos progressos educativos dos jovens”¹²⁵.

Para além do cumprimento da medida de internamento, os CEs podem executar, ainda, a detenção do jovem (art. 51.º e segs. da LTE e art. 8.º, n.º 2, d) do RGDCE), nomeadamente em casos de flagrante delito (art. 51.º, n.º 1, al. a) e 52.º da LTE), a medida cautelar de guarda do menor (art. 57.º, al. c) da LTE e art. 8.º, n.º 2, al. b) do RGDCE), sempre que existam indícios da prática do crime, for previsível a aplicação de

¹²⁰ *Ibidem.*

¹²¹ Delgado, 2006, p. 200.

¹²² *Ibidem.*

¹²³ *Ibidem.*

¹²⁴ Andrade, 2018, p. 100.

¹²⁵ *Ibidem.*

uma medida tutelar e existir o perigo de fuga ou da prática de outros crimes (art. 58.º da LTE), podendo, ainda, executar as perícias sobre o menor no decurso do processo tutelar (art. 68.º da LTE e art. 8.º, n.º 2, al. c) do RGDCE).

Num mesmo CE podem coexistir unidades residenciais diferenciadas, com diferentes regimes e tipos de internamento, opção criticada por Rodrigues e Duarte-Fonseca¹²⁶, “que temem a estigmatização, o desequilíbrio arquitectónico e mesmo psicológico que a coexistência de regimes diversos podem originar”¹²⁷. Na realidade atual de escassez de recursos humanos nos CEs, especialmente de Técnicos Profissionais de Reinserção Social¹²⁸, a coexistência, numa mesma instituição, de vários jovens em diferentes regimes e tipos de internamento parece não ser a melhor opção para um correto acompanhamento.

Prevêem-se, ainda, CEs que possam desenvolver projetos de intervenção educativa para grupos específicos de jovens, quer na área da saúde, quer referentes ao tipo de comportamento delinquente (artigo 206.º, n.º 3 da LTE e art. 10.º, n.º 3 e 16.º, n.º 1 do RGDCE).

Capítulo 6. Educação para o Direito em Centro Educativo

As instituições educativas têm como finalidade educar o jovem, assegurando o seu desenvolvimento integral como ser humano. A colocação do jovem numa instituição tanto pode resultar do perigo em que se encontra (âmbito da LPCJP) como do seu próprio comportamento desviante e de conflito social (âmbito da LTE).

Várias são as críticas apontadas à institucionalização de jovens por esta constituir uma rutura com o meio ambiente, criando espaços “artificiais”. Acreditamos que o CE tem de ser em parte artificial, não podendo espelhar o lar, porque se assim fosse não fazia sentido intervir. Deste modo, a intervenção no CE tem de constituir um corte radical com o percurso que o jovem estava a seguir, sendo imperativo afastá-lo do seu meio social e familiar. Acresce que, muitas vezes, é no espaço institucional que estes adolescentes têm pela primeira vez atenção, carinho e uma convivência saudável. Outros aspetos positivos são “a aprendizagem do valor e da importância do esforço, da recompensa e da capacidade de reflexão sobre os seus próprios actos e sobre as suas consequências”¹²⁹.

Na opinião de Delgado, “estes aspetos positivos são obtidos mais facilmente [...] em instituições de pequena dimensão [...], que facilitem a integração e participação dos jovens, com regime aberto, [...] e que promovem, sempre que tal é possível, o relacionamento com a família”¹³⁰, porque “quanto maior o número de canais que os aproximem da vida real, maior será a probabilidade de sucesso n[a] transição”¹³¹.

Subjacente à reforma de 1999 jazia a ideia de que a intervenção em CE deveria orientar-se por critérios de especialização, respondendo, assim, a problemas específicos

¹²⁶ Rodrigues e Duarte-Fonseca, 2003, pp. 100-102.

¹²⁷ Delgado, 2006, p. 202.

¹²⁸ MNP, 2019, p. 77.

¹²⁹ Delgado, 2006, p. 82.

¹³⁰ Duarte-Fonseca, 2014, p. 87.

¹³¹ *Idem*, p. 84.

da delinquência juvenil¹³². Deste modo, os programas educativos e terapêuticos especializavam os CEs, excetuando as situações de inimizabilidade dos jovens com “problemáticas exclusivas do foro da saúde mental, uma vez que tais casos, mesmo que envolvam a prática de ilícitos penais, estão fora do âmbito da intervenção tutelar educativa do Estado”¹³³.

A LTE orientou-se no sentido da especialização dos CEs em função dos projetos de intervenção educativa que desenvolvem para grupos específicos de menores, de acordo com as suas particulares necessidades educativas (artigo 206.º, n.º 3 da LTE e art. 10.º, n.º 3 e 16.º, n.º 1 do RGDC). Consagrou-se uma maior especialização na resposta às necessidades educativas concretas de cada jovem, uma vez que a delinquência juvenil é um fenómeno heterogéneo, não se podendo

intervir, [...], do mesmo modo, indiferenciadamente, junto de adolescentes e jovens agentes de infracções contra a propriedade e contra a liberdade e autodeterminação sexual, ou junto de adolescentes e jovens agentes de um só facto qualificado como crime à mistura com outros multi ou pluri-reincidentes.¹³⁴

Esta necessidade de diferenciação da intervenção educativa foi suscitada também pelo OPJP¹³⁵, acautelando, sempre, os casos dos jovens que mesmo estando em conflito com a lei não ficam sujeitos ao regime da LTE, porque necessitam de intervenção médico psicológica, passando a estar ao abrigo da Lei de Saúde Mental (art. 49.º da LTE, que remete para a Lei n.º 36/98, de 24 de julho). Neste âmbito coloca-se a questão da inexistência de um internamento terapêutico para jovens com perturbações mentais graves, algo que se esperaria com a revisão da LTE em 2015.

O Relatório de 2019 do Mecanismo Nacional de Proteção (MNP)¹³⁶ refere que seis jovens internados no CE de Santa Clara e um quarto dos jovens internados no CE de Santo António deveriam estar a ser acompanhados no plano terapêutico, em vez de cumprirem medidas tutelares educativas. Neste sentido, é imperativo criar alternativas para tratar os casos de saúde mental dos jovens, pois, se assim não for, estaremos a lutar em vão para formar pessoas, que quando forem adultas terão os seus problemas certamente agudizados. O Relatório citado aponta algumas soluções, como a criação de valências, dentro das unidades residenciais, para a prestação de cuidados de saúde mental e o reforço de pedopsiquiatras nos CEs.

Como já foi referido, não obstante a LTE estar em vigor há vários anos, tal especialização ainda não foi concretizada. O que acontece na realidade é que a distinção entre as diferentes unidades residenciais é feita exclusivamente segundo a modalidade do internamento e, conseqüentemente, grau de abertura ao exterior “condicionando, deste modo a intervenção”¹³⁷. Esta carência de diferenciação torna o facto qualificado como

¹³² Duarte-Fonseca, 2010, p. 75.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ Duarte-Fonseca, 2014, p. 86.

¹³⁵ Santos, 2010, p. 343.

¹³⁶ MNP, 2019, pp. 75 e 76.

¹³⁷ Duarte-Fonseca, 2014, p. 86.

crime o único fundamento da execução da medida, ao invés das necessidades educativas que o jovem demonstrou com a prática do facto ilícito. Desvirtua-se, assim, a finalidade primordial da intervenção tutelar, fazendo regressar as críticas apontadas aos modelos alternativos: a indistinção da intervenção (crítica ao modelo de proteção) e a privação da liberdade (problema do modelo de justiça).

Não há, portanto, repartição dos jovens por faixas etárias, podendo, tal como aponta Duarte-Fonseca, surgir vários problemas resultantes da grande diferença de idades entre os jovens internados, como “os possíveis ascendente e referência negativa que os mais velhos podem constituir relativamente aos mais novos”¹³⁸. Esta separação também não se verifica relativamente a jovens delinquentes primários, reincidentes na prática dos mesmos factos ilícitos ou jovens sujeitos a internamentos consecutivos em CE.

Apesar da total indistinção ter terminado com a entrada em vigor da LTE, continua a misturar-se “adolescentes e jovens com problemas e necessidades diversificadas, sujeitando-os ao mesmo modelo de intervenção”¹³⁹.

Estas críticas estendem-se a outro aspeto previsto na LTE, igualmente por concretizar, que é a criação de unidades residenciais que estariam encarregues da detenção, da medida cautelar de guarda e da perícia sobre a personalidade. A ausência desta conceção faz com que estes jovens sejam sujeitos ao mesmo tipo de intervenção que aqueles que já estão a cumprir a medida, prejudicando a efetivação dos “princípios da presunção de inocência, necessidade, proporcionalidade e adequação”¹⁴⁰.

Para os CEs desenvolverem a sua atividade, de acordo com os princípios orientadores (art. 2.º do RGDCE), é fundamental que haja uma programação adequada das atividades e projetos a desenvolver e avaliação do seu funcionamento. Estes propósitos expressam-se no PIE (art. 17.º do RGDCE) e no RI (art. 18.º do RGDCE).

O PIE é o “modelo de referência”¹⁴¹ da atividade de cada CE, “atribui[ndo]-lhe uma missão e a forma de a prosseguir”¹⁴². Segundo Campo e Panchón,

o Projecto Educativo é um elemento básico para a organização, a regulação e a avaliação da acção educativa nos recursos residenciais, constitui uma proposta integral da programação a longo prazo e permite a direcção coerente do processo de intervenção educativa no recurso residencial¹⁴³.

Com vista a garantir a convivência tranquila e ordenada, a assegurar a realização do PIE e dos programas de atividades é obrigatória a existência em cada CE de um RI que estabeleça as normas do funcionamento da instituição (art. 18.º do RGDCE). De acordo com Fuertes e Fernández¹⁴⁴, o RI é “um documento jurídico-administrativo elaborado pela comunidade, que contém regras e preceitos referentes à estrutura orgânica e às estratégias organizativas e funcionais sobre as quais se articula a actividade do Cen-

¹³⁸ *Idem*, p. 87.

¹³⁹ *Idem*, p. 88.

¹⁴⁰ Duarte-Fonseca, 2010, p. 76.

¹⁴¹ Delgado, 2006, p. 203.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ Campo e Panchón, 2000, p. 216 *apud* Delgado, 2006, p. 203.

¹⁴⁴ Fuertes e Fernández, 1996, p. 439.

tro”¹⁴⁵. É, portanto, o documento que contém as normas e os procedimentos criados para regular a convivência e o funcionamento da instituição, dando resposta aos problemas que possam surgir na vida quotidiana. Constituem matérias alvo de regulamentação no RI os horários, as regras de atribuição de prémios, as normas de segurança e higiene, o regime de entradas, saídas e visitas ao centro, assim como a ligação com a comunidade exterior (art. 18.º, n.º 2 RGDCE).

Ao conjunto de direitos do jovem que cumpre medida de internamento está associado um conjunto de deveres (art. 4.º do RGDCE e arts. 171.º, 172.º e 174.º a 176.º da LTE). Esta associação entre os direitos, que não podem ser negados, e os deveres a que os jovens estão obrigados, potencia o desenvolvimento de uma consciência cívica e de responsabilização perante si e o outro¹⁴⁶.

No desempenho da nobre tarefa de educar caímos facilmente na tentação de sermos demasiado autoritários ou demasiado permissivos. Somos pouco consistentes, já que o nosso estilo educativo acaba por traduzir o estado de espírito daquele dia, em vez dos valores em que acreditamos. Cometemos o “Erro Fundamental da Educação”¹⁴⁷, assim designado por Lourenço, quando nos esquecemos de reforçar os pequenos progressos conquistados e só nos preocupamos em punir o que está mal, não deixando claro o que a criança fez adequadamente.

O RGDCE estabelece como prioridade a intervenção educativa (art. 93.º do RGDCE), instituindo que o PIE deve “privilegiar actuações pedagógicas que visem a prevenção de comportamentos desajustados [...], constituindo os reforços positivos e negativos os meios de regulação normal da vivência em internato”.

A atuação educativa deve ser orientada, de acordo com o RI de cada CE, por regras de atribuição de prémios ou aplicação de sanções, não podendo nunca socorrer-se de “critérios de decisão e [...] medidas acordados verbalmente ou aplicados de uma forma espontânea”¹⁴⁸, porque se assim fosse criar-se-iam situações de desigualdade entre os educandos, uma vez que a uniformidade e a justeza da sua aplicação ficariam dependentes de quem recompensava ou sancionava¹⁴⁹.

Segundo Veríssimo, a disciplina positiva é implementada “quando [se] conseguem estabelecer regras e limites [...] que orientem e *balizem* os comportamentos [das crianças e jovens]”¹⁵⁰, a par dos educadores, que sentem empatia. Esta disciplina positiva deve ser implementada de forma natural, já que se trata de uma postura educativa geral, transversal a todas as situações e momentos.

O estabelecimento de regras e limites e o envolvimento emocional dos cuidadores são dois elementos fundamentais ao “*crescimento psicológico saudável*”¹⁵¹ das crianças. Por um lado, a demonstração de afetos por parte das figuras de referência permite, entre

¹⁴⁵ Traduzido por Delgado, 2006, p. 203.

¹⁴⁶ Delgado, 2006, p. 203.

¹⁴⁷ Lourenço, 1999 *apud* Veríssimo, 2010, p. 114.

¹⁴⁸ Delgado, 2006, p. 89.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ Itálico do autor, Veríssimo, 2010, p. 90.

¹⁵¹ *Ibidem*.

outros fatores, “a consolidação de uma auto-estima positiva”¹⁵² porque as crianças “ao sentirem-se amadas, crescem mais seguras, confiantes, sentindo uma *rede de suporte* que as estrutura”¹⁵³. Por outro lado, as regras e os limites definem de antemão o que se pode ou não fazer, antecipando as consequências. Esta segurança e previsibilidade permitem “uma adequada estruturação psicológica”¹⁵⁴.

A educação é uma preparação para a vida adulta, onde todos têm de cumprir as regras de convivência e organização sociais, assim, tais valores devem desde cedo ser inculcados nas crianças.

De acordo com o entendimento de Veríssimo¹⁵⁵ há fundamentalmente três aspetos a considerar quando se fala em regras e limites: persistência, consistência e previsibilidade. Persistência porque as crianças necessitam de repetição, de tempo para se aperceberem da importância das regras e dos limites que lhes são impostos, necessitando também de desafiar e testar essas mesmas normas. Deste modo, os educadores não se devem esquecer que é através da firmeza e clareza “que as crianças vão percebendo a mensagem implícita do que podem ou não fazer”¹⁵⁶.

Consistência, ou seja, congruência na efetivação das regras. Os educadores têm de ser coerentes, alheios a fatores externos que possam ser usados para contornar a execução da regra ou violá-la. Além disto, os diferentes educadores têm, também eles de, entre si, manter um comportamento congruente, já que o reforço pelo cumprimento das regras tem de ser feito de forma semelhante por todos, para que a criança entenda que a “regra é irrefutável, [...] diminuindo as situações de desafio e manipulação”¹⁵⁷.

Por fim, previsibilidade, já que as crianças necessitam de rotinas para prevenir o que as espera se infringirem uma norma ou se cumprirem o que lhes é pedido, criando segurança e promovendo “padrões saudáveis de funcionamento”¹⁵⁸.

“As exceções são saudáveis e importantes”¹⁵⁹ à manutenção da disciplina positiva, mas é imperativo que todos os educadores estejam de acordo com a implementação da exceção, para que a criança compreenda que a exceção “não anul[a] o poder da regra geral”¹⁶⁰.

Aos cuidadores das crianças tem de ser fornecida formação e especialização adequadas. Falamos desde o funcionário da cantina onde os jovens fazem as suas refeições até ao técnico responsável pelo acompanhamento do jovem dentro do CE. Na maior parte das vezes os funcionários não possuem formação académica ou profissional específica que considere o tempo que passam junto dos jovens, o tempo que faz com que tenham algum poder de intervenção. Além da formação específica para as funções que desempenham, os técnicos têm de se desprender das tarefas administrativas, que lhes ocupam demasiado tempo, tempo que deveria ser direcionado ao acompanhamento dos jovens.

¹⁵² *Ibidem.*

¹⁵³ *Ibidem.*

¹⁵⁴ *Idem*, p. 91.

¹⁵⁵ Nos seguintes parágrafos seguimos de perto Veríssimo, 2010, pp. 94 e ss.

¹⁵⁶ Veríssimo, 2010, p. 94.

¹⁵⁷ *Idem*, p. 95.

¹⁵⁸ *Ibidem.*

¹⁵⁹ *Idem*, p. 102.

¹⁶⁰ *Ibidem.*

Outro aspeto muito importante é a comunicação entre as várias equipas responsáveis pela organização do CE, porque, tal como salienta Delgado, à falta de diálogo liga-se “o aparecimento de práticas informais que contrariam ou contornam as regras pré-definidas”¹⁶¹.

Este autor defende, ainda, a existência de uma liderança que permita estabelecer laços duradouros entre a equipa, os educandos e, sempre que possível, os pais, relativamente aos objetivos estabelecidos no PEP de cada jovem e aos meios para os alcançar. Deste modo, tem de haver uma “clara atribuição de responsabilidades entre a equipa técnica e a equipa d[o]s auxiliares, não devendo esta dispor de poder de decisão que não esteja previamente validado e orientado por aquela”¹⁶².

Sintetizando, é indiscutível a aposta que é preciso fazer ao nível da oferta de formação profissional, assim como, ao nível da partilha de informação sobre o jovem e o seu contexto sociofamiliar, uma vez que só assim todos aqueles que contactam com os jovens internados poderão melhorar a sua atuação, tendo sempre presente que cada ajuda, conselho ou ato contribui para a preparação do jovem e para a sua transição para a vida em liberdade.

6.1. Os prémios como estímulos positivos

A atribuição de prémios está prevista nos arts. 33.º e 34.º do RGDCE e tem como objetivo reforçar a evolução positiva do jovem no seu processo educativo, premiando o empenho demonstrado no cumprimento das atividades previstas no PEP, o seu sentido de responsabilidade e o bom comportamento individual e em grupo.

Apesar de recompensarem o jovem pelo seu trabalho os prémios não se podem confundir com as etapas da evolução normal do jovem, tal como foram previstas no seu PEP (art. 33.º, n.º 2 do RGDCE).

Referimo-nos a um incentivo quando se imputa uma consequência positiva ao comportamento adequado, para que este aumente a sua frequência, duração e intensidade¹⁶³, sendo, para tal, necessário saber o que a criança valoriza. Assim, e como dispõe o art. 34.º, n.º 1 do RGDCE, a escolha do prémio tem de ter em consideração as preferências e as aspirações do jovem. A sua atribuição reveste um carácter formal e solene, para realçar a exemplaridade.

O objetivo último destes prémios é potencializar o autoconhecimento das crianças, para que estas compreendam quais são as suas características, se deparem com a sua evolução e se motivem a superar-se a si próprias, para que, em determinado momento, se tornem independentes de reforços¹⁶⁴.

Os prémios consistem em bens ou vantagens concedidas pelo CE que o jovem não poderia obter por outro meio, nunca podendo, em caso algum, pôr em causa a decisão judicial que aplicou a medida de internamento (art. 34.º, n.ºs. 2 e 3 do RGDCE). Deste modo, é proibida a concessão de autorização de saída a jovens internados no regime

¹⁶¹ Delgado, 2006, p. 86.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ Veríssimo, 2010, p. 104.

¹⁶⁴ *Idem*, p. 105.

fechado, mas tais saídas para férias ou fins-de-semana com os pais, representantes legais ou pessoa que detenha a guarda de facto ou, ainda, pessoas de referência, podem ser concedidas aos educandos que estejam nos regimes aberto e semiaberto. Os prémios pecuniários integram o pecúlio do jovem (art. 66.º, n.º 1, al. b) do RGDCE). Um dos prémios concedidos e mais apreciado pelos jovens é a possibilidade de realizarem ou receberem mais chamadas telefónicas do exterior¹⁶⁵.

É importante realçar que os incentivos, ao consubstanciarem, muitas vezes, reforços materiais, podem provocar uma mudança artificial, onde a criança cumpre as regras e adota comportamentos adequados porque sabe que receberá certas coisas. Assim, é importante ter presente que os reforços verbais, como o elogio, o voto de confiança e a conversa, têm efeitos mais duradouros e são mais eficazes, no sentido de transmitirem ao jovem uma satisfação pessoal inigualável¹⁶⁶.

Duarte-Fonseca, cuja opinião subscrevo, aponta que a não sujeição da “atribuição dos prémios a registo no dossier individual do menor e a [posterior] comunicação ao tribunal [...] à semelhança [...] do que está previsto quanto a medidas disciplinares”¹⁶⁷ (art. 118.º, n.º 3 do RGDCE) constitui uma das lacunas deste diploma que regulamenta a atividade dos CEs.

6.2. As medidas disciplinares

Num sentido inverso ao exposto anteriormente, a punição é a consequência imputada ao comportamento desadequado, por forma a diminuir a frequência, duração e intensidade do mesmo¹⁶⁸. Para tal, é imperativo prevenir e antecipar comportamentos desadequados (art. 93.º do RGDCE), tendo sempre presente a subsidiariedade do procedimento e das medidas disciplinares (art. 94.º do RGDCE).

O regime disciplinar em vigor nos CEs (arts. 185.º e segs. da LTE e 92.º e segs. do RGDCE) constitui o último recurso para corrigir os comportamentos dos jovens internados, já que, sempre que outra resposta educativa demonstre ser mais adequada para reagir à conduta do jovem será essa que prevalecerá, se voluntariamente aceite pelo educando (art. 185.º, n.º 2 da LTE e 94.º do RGDCE). Assim, só se lança mão das medidas disciplinares em última instância, quando falhe a atuação pedagógica preventiva ou esta se revele impossível e desadequada ou não seja voluntariamente aceite pelo jovem.

Segundo o art. 95.º do RGDCE, por infração entende-se “a violação pelo educando dos deveres e das regras a que está sujeito durante o internamento”, previstos na LTE (art. 172.º), no RGDCE (art. 4.º) e no RI de cada CE. Segundo Duarte-Fonseca, são infrações disciplinares as condutas dos jovens “que violem os deveres a que estes estão obrigados, pondo em causa a segurança de pessoas e bens da instituição, porque são atentatórias da tranquilidade, convivência, disciplina e ordem”¹⁶⁹. Nem todas as violações de deveres

¹⁶⁵ Uma das recomendações do MNP à DGRSP foi o aumento dos tempos de realização e receção de chamadas telefónicas dos jovens, recomendação que foi aceite e homologada pelo Diretor-geral da DGRSP, ficando estipulada no art. 75.º, n.º 2 do Regulamento Interno dos CEs.

¹⁶⁶ Veríssimo, 2010, pp. 105 e 106.

¹⁶⁷ Duarte-Fonseca, 2005, p. 457.

¹⁶⁸ Veríssimo, 2010, p. 107.

¹⁶⁹ Duarte-Fonseca, 2005, p. 460.

e regras constituem uma infração disciplinar, já que o legislador tipificou o que considera ser uma infração, fazendo-lhe corresponder determinada medida disciplinar (arts. 191.º, 192.º, 193.º, 195.º, 196.º e 197.º da LTE). Esta tipificação “constitui uma das mais importantes garantias do jovem internado contra o arbítrio e abusos das instituições”¹⁷⁰, diminuindo-se a possibilidade de uma atuação discricionária (art. 99.º do RGDCE).

As infrações dividem-se em leves, graves e muito graves (art. 190.º da LTE), estão agrupadas segundo a sua gravidade (arts. 191.º a 193.º da LTE), fixando-se taxativamente as medidas disciplinares que lhes correspondem (arts. 195.º a 197.º da LTE). A gravidade afere-se pela ordem de enumeração das medidas no art. 194.º da LTE, estando, igualmente, fixadas segundo o seu tipo e duração máxima, respeitando-se, assim, na escolha da medida a aplicar ao caso concreto o princípio da adequação, proporcionalidade e oportunidade da intervenção disciplinar e a determinação da duração das medidas disciplinares (arts. 189.º, n.º 4 e 198.º da LTE e 117.º do RGDCE). Tem-se em consideração fatores como as circunstâncias em que ocorreu a infração e as consequências que daí advieram, os comportamentos anteriores do jovem e posteriores sentimentos de arrependimento.

A forma do procedimento disciplinar depende da gravidade da infração, aplicando-se o procedimento disciplinar comum às infrações graves e muito graves e o procedimento disciplinar sumário às infrações leves (art. 204.º da LTE e 111.º a 113.º do RGDCE). Prevê-se, ainda, a possibilidade de interposição de recurso da decisão que aplique medida disciplinar (arts. 201.º da LTE e 120.º do RGDCE).

O educando é obrigatoriamente notificado da decisão de aplicação da medida disciplinar, assim como dos fundamentos que estiveram na base da sua aplicação, procedendo-se, posteriormente, ao registo da medida disciplinar aplicada no *dossier* de cada educando (art. 200.º da LTE e 118.º do RGDCE) e à comunicação ao tribunal (art. 50.º, n.º 2, al. i) do RGDCE).

Quando se verifica uma violação dos deveres ou das regras pelo jovem, a prioridade é trabalhar a situação, começando por explicar o que é que torna o comportamento inadequado e quais são as alternativas. Esta explicação maximiza a capacidade da criança de perceber a dimensão do comportamento e de aprender com ele¹⁷¹. Contudo, nem toda a violação que consubstancie uma infração disciplinar leva à instauração de um procedimento disciplinar e possível aplicação de medida disciplinar.

As infrações atípicas são as que não estão compreendidas nos arts. 191.º a 193.º da LTE, sendo corrigidas através de “métodos educativos, oportunos e exequíveis”, que não podem ser mais gravosos do que as medidas disciplinares (art. 187.º da LTE e 97.º do RGDCE).

Uma boa punição, para além de ter de ser percebida pela criança como desagradável, deve ser aplicada no momento da infração ou pouco tempo depois da situação problemática ocorrer, para salvaguardar que a criança entende que aquele comportamento inadequado gerou uma conseqüente punição.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ Veríssimo, 2010, pp. 109 e 110.

A sanção deve ser aplicada no momento da infração, procurando sensibilizar os jovens para as consequências negativas resultantes do seu comportamento através de advertências verbais e da proibição de certas atividades mais desejadas, “porque vinculam os direitos que suspendem com os deveres a cumprir, apelando igualmente à participação, quando a negam temporariamente”¹⁷². Outra boa alternativa são as sanções de limpar ou reparar, já que envolvem a participação do jovem na reparação do dano que causou, confrontando-o com os estragos ou problemas que a sua conduta provocou.

Por fim, a sanção tem de ser uma consequência lógica e apropriada ao problema gerado, além de proporcional, quer ao comportamento, quer à idade do jovem, privilegiando a oportunidade de este resolver o problema que criou através dos seus próprios meios¹⁷³.

Em caso algum a medida disciplinar aplicada pode traduzir-se em tratamento cruel, desumano ou degradante, ou comprometer a saúde física ou psíquica do jovem (art. 188.º, n.º 1 da LTE), tendo sempre de respeitar a dignidade da pessoa (art. 188.º, n.º 3 da LTE *a contrario* e art. 1.º da CRP).

Do elenco das medidas disciplinares previstas destaca-se, para análise, a medida de suspensão do convívio com os companheiros (art. 106.º do RGDCE). Trata-se de uma medida disciplinar que pode ser aplicada quando o educando pratica infrações qualificadas como graves (art. 196.º, al. g) da LTE – por três dias) ou muito graves (art. 197.º, al. f) da LTE – até uma semana), nomeadamente a título de exemplo, não cumprir o horário ou não comparecer, repetida e injustificadamente a atividades previstas no seu PEP (art. 192.º, als. e) e f) da LTE) ou participar em motins ou atos coletivos de insubordinação ou desobediência às ordens do pessoal do CE (193.º, al. b) da LTE). Constitui suspensão parcial do convívio com os companheiros quando abrange determinados períodos do dia ou determinadas atividades coletivas e suspensão total quando abrange atividades educativas comuns, como as atividades escolares ou a tomada de refeições. Esta suspensão deve ser “sempre que possível parcial”, uma vez que o isolamento por longos períodos tem efeitos que não se coadunam com os objetivos da intervenção tutelar.

Impedir o contacto com os restantes jovens internados, não pode, em caso algum, implicar que o jovem seja mantido sozinho sem possibilidade de contactar com outras pessoas, nomeadamente com os técnicos do CE, porque uma solução deste tipo equivaleria a “deixar entrar pela janela aquilo a que se quis fechar a porta”¹⁷⁴.

Com efeito, a obrigação de permanência do jovem no seu quarto foi completamente afastada na votação na especialidade do texto final da Proposta de Lei n.º 266/VII, de 9 de abril de 1999. Na versão original, o art. 191.º, al. i) referia a permanência em quarto disciplinar por período não superior a três dias como uma das medidas disciplinares aplicáveis quando o jovem cometesse uma infração grave ou muito grave (arts. 193.º, al. h) e 194.º, al. g) respetivamente). Um dos argumentos que fundamen-

¹⁷² Veríssimo, 2010, p. 89.

¹⁷³ *Idem*, pp. 110 e 111.

¹⁷⁴ Duarte-Fonseca, 2005, p. 462.

tou este afastamento foi a violação das Regras de Havana¹⁷⁵. Neste diploma, o capítulo relativo aos procedimentos disciplinares¹⁷⁶ refere especificamente que são proibidas medidas disciplinares como a colocação em cela escura, a reclusão em regime fechado ou de isolamento, assim como a redução da alimentação ou restrição ou recusa de contacto com os familiares do jovem. Ora tais imposições não se coadunavam com a medida disciplinar de permanência em quarto disciplinar prevista nos arts. 191.º, al. i), 193.º, al. h) e 194.º, al. g) da Proposta de Lei n.º 226/VII. Por lapso do legislador o art. 205.º, n.º 3, al. a) da LTE ainda se refere a quarto disciplinar, estando a impossibilidade da sua aplicação salvaguardada pela tipificação das medidas disciplinares (art. 194.º da LTE e 99.º do RGDCE).

Fuertes e Fernández¹⁷⁷ consideram que é expressamente proibido obrigar os jovens a permanecer nos seus quartos por um certo período. Já Martins afasta a utilização de “quartos de castigo” ou de “solitária”, mas admite a utilização de “espaços normalmente usados pelo jovem designadamente o quarto”¹⁷⁸. A nossa opinião aproxima-se mais da posição de Martins, uma vez que defendemos o uso controlado de espaços familiares para o jovem, como o seu quarto, para este, durante algum tempo, ter a oportunidade de se confrontar com os seus atos e posteriormente assumir a responsabilidade pelos mesmos. Afastamo-nos, por completo, da imposição deste exercício de reflexão ser feito num espaço específico, como seria um quarto disciplinar.

Afasta-se, também, o uso de castigos corporais, a privação de alimentos ou a privação do direito a receber visitas, tal como dispõe o art. 188.º, n.º 2 da LTE.

Finalmente gostaríamos de abordar a modalidade da medida disciplinar mais gravosa, atualmente em vigor na LTE, que se configura na possibilidade de suspender o jovem do convívio com os seus companheiros, por um período que pode ir até uma semana (art. 197.º, al. f) da LTE). Partilhamos da opinião de Martins quando afirma que se trata de uma medida excessiva, “a aplicar com muita parcimónia”¹⁷⁹, mas distanciamos-nos dos argumentos utilizados para suportar esta opção.

Consideramos que a hipótese de suspender o contacto com os companheiros não se pode justificar somente pela falta de técnicos que impossibilita o acompanhamento efetivo de cada jovem¹⁸⁰. Numa instituição onde o objetivo é ressocializar, não se pode recorrer ao isolamento. Deve-se, ao invés, promover o desenvolvimento de competências pessoais e de grupo que diminuam os fatores de risco associados à delinquência através de técnicos que pautem a sua atuação pela proximidade e afeto, constituindo agentes de mudança e companheiros dispostos a ajudar os jovens a melhorar¹⁸¹.

Com efeito, o isolamento total pode gerar sentimentos de rejeição que não se coadunam com as finalidades e os objetivos da intervenção tutelar educativa. Acresce que se

¹⁷⁵ Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados da Liberdade, adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas através da Resolução 45/113, em 1990.

¹⁷⁶ Capítulo L., regras 66 a 71 das Regras de Havana, disponível em <http://gddc.ministeriopublico.pt>.

¹⁷⁷ Fuertes e Fernández, 1996, pp. 393-446 *apud* Delgado, 2006, p. 89.

¹⁷⁸ Martins, 2018, p. 532.

¹⁷⁹ Martins, 2002, p. 180.

¹⁸⁰ *Idem*, p. 181.

¹⁸¹ Silva, 2009, p. 66.

ao afastamento a que o jovem é sujeito, devido ao corte feito com o seu meio social, ou seja, família e amigos, somarmos a proibição de contacto com os companheiros dentro do CE “é séria a probabilidade de se enraizar no jovem sancionado um sentimento de revolta e marginalização que se deve evitar”¹⁸².

Conclusão

Com o presente estudo pretendeu-se clarificar a expressão utilizada pela LTE, “educação para o direito”, como fundamento e finalidade para a aplicação das medidas educativas a jovens delinquentes.

Falamos de “educação”, de uma missão transversal, porque todos os contextos da vida são contextos de educação, “para o Direito”, porque estamos perante jovens que demonstraram, através dos seus comportamentos desviantes, necessitar de aprender a conformar-se com as regras sociais e jurídicas. Assim, fundamenta-se a intervenção do Estado não só no facto ilícito, tipificado penalmente, mas, simultaneamente, nas necessidades de educação para o Direito do jovem.

Salvaguardam-se algumas ideias essenciais como o progresso conquistado com o modelo de responsabilização educativa, uma vez que se retira da esfera da assistência e do Direito Penal dos adultos uma faixa etária da população que reclama uma intervenção diferenciada, não só devido à sua idade, fragilidade, personalidade em formação, mas também, por vezes, exposição a contextos de risco.

Como vimos, muitas vezes os problemas começam no ambiente familiar, sendo importante ressaltar que o envolvimento dos pais ou cuidadores é crucial para o sucesso da intervenção tutelar e conseqüente transição do jovem para a vida em sociedade, reintegrando-o plenamente, evitando futuras reincidências, que imporiam a intervenção tutelar e, posteriormente, do Direito Penal dos adultos.

Recordamos que nos CEs a educação para o Direito não pode ficar no plano da interiorização das normas do RI, nem do andamento dos processos judiciais, já que se desvirtuaria o princípio da subsidiariedade da aplicação das medidas mais gravosas, uma vez que a medida de internamento em CE só é aplicada quando seja necessário o corte do jovem com o meio em que se insere, recorrendo-se a programas pedagógicos específicos.

Constatámos, ainda, que sem uma intervenção especializada, o único pressuposto da intervenção tutelar passa a ser o facto ilícito praticado pelo jovem, desconsiderando-se a necessidade de educação para o Direito, porque não se atende às específicas necessidades do jovem.

Aprendemos que as crianças necessitam de modelos, de observar e absorver o que as rodeia e que, por isso, educar é ser orientador, estabelecer regras e limites, sem nunca esquecer os afetos.

Dos educadores esperamos persistência, consistência e previsibilidade, porque não há nada mais gratificante do que contribuir para a formação plena de um ser humano. Mas, para tal, é necessário apostar na formação académica e profissional e, ao mesmo

¹⁸² Martins, 2018, p. 532.

tempo, libertar os técnicos responsáveis por acompanhar os jovens das tarefas burocráticas que lhes ocupam demasiado tempo.

Relativamente aos estímulos positivos ressalvamos o contributo frutífero que têm nos jovens, porque os motivam a melhorar, mas privilegiamos os reforços verbais, ao invés dos prémios materiais, já que estes últimos podem provocar mudanças artificiais. As medidas disciplinares são apenas recursos de última instância, aplicadas quando a atuação preventiva falhe ou se revele desnecessária. Assim, tem de haver tolerância porque nem todas as infrações justificarão a aplicação destas medidas sancionatórias.

Em relação à medida de suspensão do convívio com os colegas, medida disciplinar que seleccionámos para análise, cumpre lembrar que deverá ser, sempre que possível, uma suspensão parcial, porque num local onde o foco é a ressocialização do jovem, não se deverá privá-lo do contacto com os outros.

Os colegas, os funcionários e os técnicos, a par dos pais, cuidadores ou pessoas de referência, são indispensáveis para o progresso do jovem e sua futura reintegração na sociedade.

Concluimos, referindo que educar é a mais difícil, mas também a mais nobre das tarefas.

Bibliografia

ANDRADE, A.M. (2018). Anotação ao artigo 17.º da LTE. In Dias, C., Santos, M. & Carmo, R. (coord.), *Lei Tutelar Educativa anotada*. Coimbra: Edições Almedina, pp. 92-109.

ANDRADE, A.S. & SANTOS, M. (2015). A Lei n.º 4/2015 de 15/1, e as alterações introduzidas na Lei Tutelar Educativa – uma primeira leitura. *Scientia Iuridica*, tomo LXIV, n.º 339, pp. 329-348.

CAMPO, S. & PANCHÓN, C. (2000). La intervención socioeducativa en un contexto institucional. In Amorós, P & Ayerbe, P. (coord.). *Intervención educativa en inadaptação social*. Madrid: Síntesis, pp. 197-226, *apud* Delgado, P. (2006). *Os direitos da criança da participação à responsabilidade – o sistema de protecção e educação das crianças e jovens*, Porto: Profedições.

CARVALHO, M.J.L. (2016). Delinquência juvenil: conhecer os jovens e os territórios para situar as intervenções. *Revista do Ministério Público*, n.º 148, pp. 65-95.

CLEMENTE, R. (2002). Respostas sociais e institucionais: recursos disponíveis. In Oliveira, G. (coord.). *Direito tutelar de menores – O sistema em mudança*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 47-58.

COMISSÃO DE ACOMPANHAMENTO E FISCALIZAÇÃO DOS CENTROS EDUCATIVOS. Relatório de 2012, apresentado à Assembleia da República. Retirado de <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf>, consultado em 08/05/2019.

COMISSÃO DE ACOMPANHAMENTO E FISCALIZAÇÃO DOS CENTROS EDUCATIVOS. Relatório de 2014, apresentado à Assembleia da República. Retirado de <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.PDF>, consultado em 08/05/2019.

CUNHA, M.C.F. (2016). Respostas à delinquência juvenil – Do internamento para a liberdade: primeiros passos para a inserção social dos jovens. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, pp. 437-483.

CUNHA, M.C.F. (2018). Anotação ao artigo 22.º da LTE. In Dias, C., Santos, M. & Carmo, R. (coord.). *Lei Tutelar Educativa anotada*. Coimbra: Edições Almedina, pp. 116-122.

DELGADO, P. (2006). *Os direitos da criança da participação à responsabilidade – o sistema de protecção e educação das crianças e jovens*. Porto: Profedições.

DUARTE-FONSECA, A.C. (2005). *Internamento de menores delinquentes – A lei portuguesa e os seus modelos: um século de tensão entre protecção e repressão, educação e punição*. Coimbra: Coimbra Editora.

DUARTE-FONSECA, A.C. (2010). Sobrevivência e erosão do paradigma da protecção em sistemas europeus de justiça juvenil. *Revista Ousar Integrar*, n.º 7, pp. 63-78.

DUARTE-FONSECA, A.C. (2014). Privação da liberdade na justiça juvenil: contornos de problemas entre meios e fins. *Julgar*, n.º 22, pp. 75-95.

FERNANDO, R.C.M. (2002). Lei Tutelar Educativa – Traços essenciais, na perspectiva da intervenção do Ministério Público. In Oliveira, C. (coord.). *Direito tutelar de menores – O sistema em mudança*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 121-145.

FIGUEIREDO, J. (2002). Execução de medidas tutelares educativas. In Oliveira, G. (coord.). *Direito tutelar de menores – O sistema em mudança*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 195-210.

FUERTES, J. & FERNÁNDEZ, J. (2001). Acogimiento residencial. In Ochotorena, J.P. & Madariaga, M.I.A. *Manual de protección infantil*. Barcelona: Elsevier Masson, pp. 409-470.

FURTADO, L. & GUERRA, P. (2001). *O novo direito das crianças e jovens – um recomeço*. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, *apud* Delgado, P. (2006). *Os direitos da criança da participação à responsabilidade – o sistema de protecção e educação das crianças e jovens*. Porto: Profedições.

GERSÃO, E. (1984). Menores agentes de infrações criminais – que intervenção? Apreciação crítica do sistema português. In *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, vol. I. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 623-672.

GERSÃO, E. (2001). Ainda a revisão da Organização Tutelar de Menores – Memória de um processo de reforma. In Dias, J.F. et al. (org.). *Estudos de homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 447-476.

GUERRA, P. (2002). Medidas tutelares educativas institucionais e não institucionais: execução e acompanhamento. In Oliveira, G.(coord.). *Direito tutelar de menores – O sistema em mudança*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 183-193.

LOURENÇO, O. (1999). *Educar crianças hoje para o amanhã*. Porto: Porto Editora, *apud* Veríssimo, L. (2010). Regras, limites, castigos e recompensas: quando e como? In Campos, L. & Veríssimo, L. (org.). *Aprender a educar – Guia para pais e educadores*. Vila Nova de Gaia: Fundação Manuel Leão.

MANSO, A. & ALMEIDA, A.T. (2009). Representações sociais de jovens institucionalizados em Centro Educativo – Perspectivas sobre a educação para o Direito. *Revista Ousar Integrar*, n.º 2, pp. 31-42.

MARTINS, J.N. (2002). Medidas tutelares educativas, sua execução e acompanhamento. In Oliveira, G. (coord.). *Direito tutelar de menores – O sistema em mudança*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 175-181.

MARTINS, J.N. (2018). Anotação ao art. 195.º da LTE. In Dias, C.M.S. & Carmo, R. (coord.). *Lei Tutelar Educativa anotada*. Coimbra: Edições Almedina, pp. 532-533.

MOURA, J.A.S. (2002). A tutela educativa: factores de legitimação e objectivos. In Oliveira, G.(coord.) *Direito tutelar de menores – O sistema em mudança*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 91-119.

NEVES, T. (2008). *Entre o educativo e o penitenciário – Etnografia de um centro de internamento de menores delinquentes*. Porto: CIIE/Edições Afrontamento, *apud* Torres, R.T. (2010). Que educação para o direito? Da Lei Tutelar Educativa à intervenção educativa com delinquentes juvenis. *Revista Ousar Integrar*, n.º 7, pp. 35-48.

RIBEIRO, C.C.M. (2015). *Lei Tutelar Educativa: natureza e eficácia da medida de internamento em regime de execução fechado aplicada ao menor infrator*. Tese de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

RODRIGUES, A.M. (1997). Repensar o direito de menores em Portugal – utopia ou realidade? *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, fascículo 3, pp. 355-386.

RODRIGUES, A.M. & DUARTE-FONSECA, A.C (2003). *Comentário da Lei Tutelar Educativa*. Coimbra: Coimbra Editora.

SANTOS, B.S. (dir.) (2004). *Os caminhos difíceis da “nova” justiça tutelar educativa – Uma avaliação de dois anos de aplicação da Lei Tutelar Educativa*. Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra. Retirado de <http://opj.ces.uc.pt/pdf>.

SANTOS, B.S. (dir.) (2010). *Entre a lei e a prática – Subsídios para uma reforma da Lei Tutelar Educativa*. Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Centro de Estudos Sociais, Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra. Retirado de <http://opj.ces.uc.pt/pdf>.

SANTOS, D. & ALBERTO, I. (2012). Família e delinquência juvenil: práticas discursivas e singularidades. Um estudo exploratório com cuidadores de adolescentes delinquentes. *Revista Ousar Integrar*, n.º 11, pp. 23-35.

SILVA, A.Z. (2009). O estilo de vinculação e o desenvolvimento de comportamentos delinquentes na adolescência: factor de risco ou de proteção. *Revista Ousar Integrar*, n.º 2, pp. 55-68.

SILVA, J.B. (2015). “E se todo o mundo é composto de mudança...”: um primeiro comentário sobre as novidades trazidas pelas alterações à Lei Tutelar Educativa, efectuadas pela Lei n.º 4/2015, de 15 de janeiro. *Revista do Ministério Público*, n.º 143, pp. 27-78.

SILVA, J.B. (2013). *Lei Tutelar Educativa comentada*. Coimbra: Edições Almedina, *apud* Cunha, C.F. (2018). Anotação ao artigo 22.º da LTE. In Dias, C., Santos, M. & Carmo, R. (coord.). *Lei Tutelar Educativa anotada*. Coimbra: Edições Almedina, pp. 116-122.

TORRES, R.T. (2010). Que educação para o direito? Da Lei Tutelar Educativa à intervenção educativa com delinquentes juvenis. *Revista Ousar Integrar*, n.º 7, pp. 35-48.

VERÍSSIMO, L. (2010). Regras, limites, castigos e recompensas: quando e como? In Campos, L. & Veríssimo, L. (org.). *Aprender a educar – Guia para pais e educadores*. Vila Nova de Gaia: Fundação Manuel Leão.

VIDAL, J.M. (2002): Processos tutelares: que articulação? In Oliveira, G. (coord.). *Direito tutelar de menores – O sistema em mudança*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 159-173.

Legislação

Constituição da República Portuguesa.

DL n.º 215/2012 de 28 de setembro.

DL n.º 314/78, de 27 de outubro.

DL n.º 323-D/2000, de 20 de dezembro.

DL n.º 401/82, de 23 de setembro.

Lei de Proteção à Infância, aprovada pelo DL de 27 de maio de 1911.

Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, Lei n.º 147/99, de 1 de setembro.

Lei n.º 36/98, de 24 de julho.

Lei n.º 4/2015, de 15 de janeiro.

Lei Tutelar Educativa, Lei n.º 166/99, de 14 de setembro.

Ordenações Manuelinas, Livro III, Título LXXXVIII.

Organização Tutelar de Menores, aprovada pelos Decretos-Leis n.ºs 44287 e 44288, de 20 de abril de 1962.

Instrumentos internacionais

Convenção sobre os Direitos das Crianças, adotada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de setembro de 1990.

Diretrizes sobre justiça amiga da criança, adotadas pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 17 de novembro de 2010.

Padrões do Comité Europeu para a Prevenção da Tortura, Tratamento e Castigos Degradantes ou Desumanos em relação à proteção de crianças privadas da liberdade contra os maus-tratos e a violência, Comité Europeu para os Problemas Criminais, 2014.

Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre “A prevenção da delinquência juvenil, as formas de tratamento da mesma e o papel da justiça de menores na União Europeia” (2006/C110/13), de 15 de março de 2006.

Princípios de *Riade*, Princípios Orientadores das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil, adotados pela Assembleia Geral das Nações Unidas através da Resolução 45/112, em 1990.

Recomendação (2003)20, adotada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 24 de setembro de 2003.

Recomendação (2005)5, adotada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 16 de março de 2005.

Recomendação (2006)19, adotada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 13 de dezembro de 2006.

Recomendação (2008)11, adotada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 5 de novembro de 2008.

Recomendação (2012)2, adotada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 28 de março de 2012.

Recomendação (87)20, adotada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 17 de setembro de 1987.

Recomendação 1532 (2001), adotada pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa em 24 de setembro de 2001.

Regras de *Beijing*, Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça de Menores, adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas através da Resolução 40/33, em 1985.

Regras de Havana, Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados da Liberdade, adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas através da Resolução 45/113, em 1990.

Sítios consultados na internet

Estatística Mensal dos Centros Educativos, fevereiro de 2019. Disponível em <https://dgrsp.justica.gov.pt>, consultado em 09-05-2019.

Mecanismo Nacional de Prevenção, Relatório à Assembleia da República, 2019. Disponível em <https://www.provedor-jus.pt/?idc=16&idi=18297>, consultado em 22-07-2020.

Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados da Liberdade. Disponível em <http://gddc.ministeriopublico.pt>, consultado em 09-05-2019.

Relatório Anual de Segurança Interna (RASI), ano 2018, Sistema de Segurança Interna, Gabinete do Secretário-Geral. Disponível em <https://www.portugal.gov.pt>, consultado em 09-05-2019.

Relatório de Atividades e Autoavaliação, 2017, Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais, pp. 298-325. Disponível em <https://dgrsp.justica.gov.pt/>, consultado em 10-05-2019.

O crime de trato sucessivo

Mariana Mendes Domingues

Sob a orientação da
Professora Doutora M.^a da Conceição Ferreira da Cunha

Agradecimentos

Esta jornada académica apresentou no seu início a primeira grande dificuldade de quem se aventura nas lides da escrita de uma dissertação de mestrado: a escolha do tema. Aquando da conclusão da parte letiva do Mestrado em Direito Criminal, tive a oportunidade de me reunir com a Professora Doutora M.^a Conceição Ferreira da Cunha, que graciosamente aceitou orientar-me nesta difícil escolha. Foi já perto do final de um exaustivo debate sobre as várias propostas, que me foi sugerida a investigação do tema sobre o qual versa a presente dissertação, não obstante ter sido feita a menção de que o tema em causa era complexo e padecia de pouco material bibliográfico. Talvez fruto da bravura inicial ou inocência de quem se inicia nestas lides, essas palavras aguçaram a minha vontade de explorar efetivamente a figura jurisprudencial do *crime de trato sucessivo*. Em face do exposto, certo será dizer que esta investigação não teria logrado sucesso sem o apoio e orientação da Professora Doutora M.^a Conceição Ferreira da Cunha, pelo que impera um primeiro e necessário agradecimento pela disponibilidade e rigor que empregou na orientação desta minha dissertação.

Num plano completamente distinto, mas não menos importante, agradeço aos meus pais e ao meu irmão, pelos sacrifícios de variada ordem que fizeram e que tornaram possível a conclusão do meu percurso académico. A vocês, que ditaram os melhores exemplos a seguir, agradeço o amor e o apoio incondicional, não obstante a distância que nos separa. Sonho poder retribuir-vos, pelo menos em parte, se é que tal se vislumbra possível, todo o carinho e apoio, sem os quais não teria conseguido levar a bom porto esta fase, ou qualquer outra do meu percurso académico e pessoal.

Aos meus avós e à minha tia Isabel agradeço todo o apoio e carinho, imprescindíveis na realização do meu percurso académico, mas mais do que isso, expresso a minha gratidão pelo elevado contributo na minha formação pessoal, *maxime*, por me ensinarem a importância do valor do trabalho e da dedicação em qualquer tarefa a que me proponha.

Um profundo agradecimento impõe-se também aos Drs. João Ferreira Araújo, Cristina Fernandes Martinho e Manuel Araújo, meus mentores na advocacia, por me instruírem na vida prática do Direito, pelas horas despendidas na minha formação, pela paciência, apoio e compreensão nesta fase, mas acima de tudo, pela amizade.

Aos amigos do Coro Académico da Universidade do Minho, o meu agradecimento por constituírem “a minha família do Norte”, desde os primórdios em que me encontrei numa terra que viria a amar como se fosse minha...

Agradeço também à minha amiga Joana os valiosos reparos a este meu trabalho.

Um especial agradecimento ao Carlos, companheiro da viagem que é a vida e grande entusiasta de todos os meus projetos!

Por fim, um último agradecimento ao Dr. Miguel Fabre e à minha amiga Patrícia pela importante ajuda na tarefa de tradução.

Resumo

A presente dissertação de mestrado versa sobre a figura do *crime de trato sucessivo*, figura de criação jurisprudencial portuguesa. Esta figura visa a unificação de várias condutas típicas (que em abstrato preencheriam tantos tipos legais, quanto o número de condutas), num único crime.

O *crime de trato sucessivo* é, por conseguinte, uma figura muito próxima do crime continuado. Sucede, no entanto, que o recurso ao crime continuado se encontra limitado pela exigência do preenchimento de determinados pressupostos de consagração legal, o que não sucede no caso do *crime de trato sucessivo*.

Em razão do exposto, muitas vezes os tribunais socorrem-se da figura do *crime de trato sucessivo*, como forma de contornar os rígidos pressupostos do crime continuado, o que pode resultar em grande arbitrariedade, violação de princípios enformadores e, não menos importante, numa diminuição de garantias do arguido.

Ora, procurámos então, neste nosso estudo, densificar o conceito de *crime de trato sucessivo*, perceber de que forma o mesmo tem sido utilizado na nossa jurisprudência e quais as possíveis consequências resultantes da sua aplicação, tendo concluído pela inadmissibilidade do recurso a esta figura.

Palavras-chave: Crime de trato sucessivo; crime continuado; crime habitual; pluralidade de crimes; concurso de crimes; crimes sexuais; crime de tráfico de estupefacientes; jurisprudência; criação de direito.

Abstract

The present dissertation addresses the “crime of successive behaviour”, a figure which has been created by Portuguese case-law and aims to reunite typical conducts (which in abstract would fill as many legal types as the number of conduits) into a single crime.

The concept is very close to the one of “continuous offences”. Nevertheless, the latter is limited by the need to fulfil certain legal requirements.

Courts often rely on “crime of successive behaviour” as a way of avoiding the rigid assumptions of “continuous offences”, which can result in huge arbitrariness, breach of important law principles and decrease of defendants’ guarantees.

Thus, we have tried to explore the concept of “crime of successive behaviour” to understand how it has been used in our case-law and what consequences might have arisen as a result of its application, concluding that the use of this figure is inadmissible.

Keywords: Crime of successive behaviour; continuous offences; multiple crimes; sexual offences; drug trafficking; source of law; creation of law.

Lista de siglas e de abreviaturas

Ac.	Acórdão
Acs.	Acórdãos
Art.º	Artigo
Arts.	Artigos
Cfr.	Conferir
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
<i>et al</i>	<i>et alia</i>
MP	Ministério Público
n.º / n.ºs	Número/números
p. e p.	Previsto e punido
p. / pp.	Página/páginas
Por ex.	Por exemplo
Proc.	Processo
Séc.	Século
ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
TC	Tribunal Constitucional
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
UCP	Universidade Católica Portuguesa

Índice

I. Introdução	6
II. “Back to basics”: a jurisprudência como fonte de Direito	7
III. O crime de trato sucessivo: tentativa de definição e confronto com figuras afins	13
i. Os crimes de empreendimento	14
ii. O “crime exaurido”	15
iii. O crime habitual	16
iv. O crime continuado	17
IV. Breve roteiro pela jurisprudência	24
i. O caso dos crimes de tráfico de estupefacientes	25
ii. O caso dos crimes sexuais	25
a. Ac. do STJ, proc. n.º 862/11.6TAPFR.S1, de 29-11-2012	26
b. Ac. do STJ, proc. n.º 45/13.0JASTB.L1.S1, de 22-04-15; Ac. do STJ, proc. n.º 414/12.3TAMCN.S1, de 14-01-2016 e Ac. do STJ, proc. n.º 657/13.2JAPRT.P1.S1, de 20-04-2016.	27
V. Da (in)admissibilidade do recurso à figura do crime de trato sucessivo	29
i. Consequências sancionatórias e processuais do recurso ao crime de trato sucessivo	29
a. Das consequências sancionatórias	29
b. Das consequências processuais	32
ii. Da inadmissibilidade do crime de trato sucessivo à luz dos princípios enformadores do sistema: a nossa tese	33
VI. Conclusão	35
Referências bibliográficas	37

I. Introdução

A dissertação de mestrado que ora se apresenta foi realizada no âmbito do Mestrado em Direito Criminal, ministrado pela Universidade Católica Portuguesa – Centro Regional do Porto, e compreende a última das etapas, finda a parte letiva, para obtenção do grau académico de Mestre.

O tema que nos propomos investigar é a figura jurisprudencial do *crime de trato sucessivo*, tema que, em nosso entender, assume especial relevância essencialmente em duas dimensões.

Primeiramente, cumpre salientar a escassez de doutrina a versar sobre o tema em concreto, motivo pelo qual entendemos que esta nossa dissertação poderá, de alguma forma, contribuir para aprofundar o estudo desta temática, não obstante as dificuldades acrescidas que daí advirão.

Por outro lado, entendemos ser de realçar que a figura em estudo é suscitada, não raras vezes, no âmbito da prática judicial penal, sem embargo de a mesma não encontrar âncora em qualquer legislação. Ora, este será para nós, motivo suficiente para encetar um estudo, tão aprofundado quanto possível, sobre esta figura e respetivas consequências.

De referir ainda, uma terceira dimensão, esta já de cariz pessoal: o interesse pelo tema em consequência de uma predileção já antiga pelo Direito Criminal e que atualmente se transportou, quer para a esfera académica, quer para a prática profissional.

No que concerne à metodologia adotada no decorrer desta nossa investigação e, tendo já feito a menção de que é quase inexistente a bibliografia quanto ao tema em concreto, optámos por nos socorrer da doutrina existente no âmbito do Direito Criminal português – sua teoria ou parte geral – assim como, de doutrina respeitante às consequências jurídicas e processuais do crime.

Em virtude do já descrito supra, o estudo exclusivo de doutrina revelar-se-ia, em nosso entender, insuficiente, motivo pelo qual encetaremos também uma análise jurisprudencial, sem a qual não faria sentido esta nossa investigação académica, dado que a mesma versa sobre uma figura que brota da jurisprudência dos nossos tribunais.

Quanto ao objetivo que se pretende atingir com a realização deste trabalho, cumpre salientar que o mesmo é plúrimo. Tentaremos, em traços gerais – e esperando lograr sucesso nesta empreitada – identificar as origens desta figura, alcançar uma definição da mesma, estabelecer paralelismos com figuras afins, analisar a sua aplicação nas decisões emanadas pelos nossos tribunais e, por fim, tomar posição quanto à sua admissibilidade no ordenamento jurídico português.

Assim, iniciaremos o presente estudo, em jeito de considerações introdutórias ao tema propriamente dito, analisando a jurisprudência como fonte de Direito, mormente, o estudo da existência (ou não) de uma faceta criadora na jurisprudência no que concerne, essencialmente, ao ordenamento jurídico português.

Num segundo momento, tentaremos estabelecer uma definição de *crime de trato sucessivo*, procurando em simultâneo estabelecer paralelismos com outras figuras de Direito conexas ou passíveis de serem confundidas com a figura em apreço. Neste capí-

tulo, iremos confrontar a figura do *crime de trato sucessivo* com o instituto do crime continuado – figuras que aparentam ser, *a priori*, muito semelhantes – procurando estabelecer quais os pontos de contacto e quais as dissemelhanças existentes entre ambas as figuras. Ficará de fora deste nosso capítulo a análise e o contraponto com a figura do crime permanente, porquanto ao mesmo corresponde um único desígnio criminoso.

Uma breve nota apenas para referir que o estudo do concurso de crimes não será abrangido pelo nosso trabalho, em virtude de o mesmo ser digno de todo um estudo autónomo, dada a sua extensão e complexidade, incompatível com a natureza da nossa dissertação e suas limitações. No entanto, sempre que entendermos ser de referir matéria de concurso de crimes, na medida em que tal se revelar essencial para o estudo da figura do *crime de trato sucessivo*, não nos coibiremos de o fazer. O mesmo sucederá quanto ao instituto da tentativa. Deixaremos ainda de parte, fruto da limitação de caracteres que nos é imposta, a realização de uma abordagem de Direito Comparado.

Aqui chegados, e como não poderia deixar de ser, em momento seguinte encetaremos uma análise de jurisprudência relevante na matéria, *maxime* do STJ.

Antes de nos pronunciarmos quanto à admissibilidade ou não da aplicação da figura do *crime de trato sucessivo* pelos nossos tribunais – o que reservaremos para o final deste nosso estudo – iremos, ainda, indagar quais as possíveis consequências sancionatórias e processuais penais resultantes do recurso à aplicação da figura em apreço.

Por fim, analisaremos o crime de trato sucessivo à luz dos princípios enformadores do nosso sistema jurídico, em especial, do nosso sistema penal.

Se lograrmos sucesso neste nosso roteiro de estudo, contamos estar em condições de encerrar esta nossa dissertação tomando posição quanto à matéria em causa, em especial quanto à admissibilidade do recurso à figura do *crime de trato sucessivo*.

II. “Back to basics¹”: a jurisprudência como fonte de Direito

Iniciamos o presente trabalho adiantando que o *crime de trato sucessivo*, figura sobre a qual recai esta dissertação, é uma figura de criação jurisprudencial, não estando a mesma plasmada em nenhum código ou demais legislação. Nessa senda, e fazendo uma brevíssima referência histórico jurisprudencial, cumpre referir que, como nos ensina Helena Moniz², o *crime de trato sucessivo* surge mencionado com maior frequência na nossa jurisprudência a partir da década de oitenta, mais concretamente em processos relativos ao crime de tráfico de estupefacientes³.

Impõe-se, a nosso ver, por conseguinte, empreender uma revisita, ainda que breve, aos primórdios do nosso estudo enquanto juristas, ao estudo das fontes de Direito, *maxime* o estudo da jurisprudência enquanto fonte criadora (ou não) de Direito.

¹ Regressando ao essencial [tradução livre].

² Uma breve nota para referir que o artigo de Helena Moniz, publicado no presente ano na revista *Julgar* e melhor identificado na nossa bibliografia, é, que tenhamos logrado conhecer, o único trabalho científico existente até ao momento a versar exclusivamente sobre a figura jurisprudencial do *crime de trato sucessivo*. Certo será, portanto, afirmar que uma das maiores dificuldades no estudo da temática é efetivamente o parco acervo bibliográfico sobre a mesma.

³ Moniz, 2018, p. 3.

De forma breve e não exaustiva, é de referir que a expressão “fontes de Direito” nasce da tradução da expressão latina *fons juris*⁴, expressão esta que terá sido empregue pela primeira vez por Cícero⁵ (*De Legibus* I, 5-6) e que foi utilizada com maior frequência a partir do século XVI⁶.

A expressão, que nasce com vestes de metáfora, é, nas palavras de Paulo Ferreira da Cunha, “um conceito pouco menos que não rigoroso”⁷. O referido autor recorre inclusivamente à figura de uma fonte termal para explicitar que, se de uma fonte de Direito se tratasse, esta não poderia constituir fonte única, mas antes uma dessas “fontes termais de sete bicas, das quais brotam outros tantos tipos de líquidos milagreiros”⁸, acrescentando, por fim, que o líquido que brotaria de cada fonte equivaleria a uma variedade de Direito diferente⁹.

O problema das fontes de Direito “traduz-se fundamentalmente [...] na questão de saber de que modo se constitui e manifesta o direito positivamente vigente numa determinada comunidade histórica”¹⁰. Não é, como nos ensina A. Castanheira Neves, indiferente a conceção que o jurista perfilha no que contende à problemática das fontes de Direito, uma vez que:

o entendimento e a solução que haja de dar-se ao problema [...] condiciona, por sua vez, uma correlativa conceção do direito, posto que o direito terá também de compreender-se em função do modo como se constitua e manifeste a sua normatividade¹¹.

Para Baptista Machado, a questão é “jurística” e não jurídica, porquanto transcende o sistema posto, nomeadamente por consubstanciar também uma questão de segundo grau: a de saber o que conferiria a validade às normas responsáveis por determinar quais as fontes de Direito admissíveis num determinado sistema¹².

A expressão “fontes de Direito” carece, portanto, de maior densificação e valoração, pelo que se instituíram diversas aceções da mesma, nomeadamente, num enquadramento clássico, as que nos ensinam Marcelo Rebelo de Sousa e Sofia Galvão: sentido filosófico ou metafísico, sentido histórico, sentido sociológico, sentido instrumental, sentido orgânico e sentido técnico-jurídico ou formal^{13 14}. Ora, é esta última aceção – a técnico-jurídica – a que se revela de manifesto interesse para o nosso estudo, porquanto é sinónimo, em termos clássicos, de formação de regras jurídicas de acordo com alguns autores, de revelação de regras jurídicas para outros, ou ainda, para alguma parte da

⁴ Cunha, 1993, p. 321.

⁵ Havendo, no entanto, autores que questionam se devemos efetivamente atribuir a expressão a Cícero.

⁶ Neves, 2010, p. 9.

⁷ Cunha, 1993, p. 321.

⁸ *Idem*, p. 322.

⁹ *Idem*.

¹⁰ Neves, 2010, p. 7.

¹¹ *Idem*, p. 8.

¹² Machado, 2012, p. 153.

¹³ Sousa & Galvão, 2000, p. 176.

¹⁴ Existindo propostas diversas para as referidas nomenclaturas, de acordo com os diferentes autores, não obstante a essência das figuras ser, no que ao nosso estudo importa, semelhante.

doutrina, sinónimo do modo quer de formação, quer de revelação de regras jurídicas enquanto Direito¹⁵.

Estas fontes de juridicidade (*fontes manifestandi*), empregando a terminologia de A. Santos Justo¹⁶ ¹⁷, não poderão, na visão deste autor, ser reduzidas a uma perspectiva hermenêutica positivista, porquanto estamos perante uma questão que transcende o direito positivo, na medida em que o poder legislativo “não dispensa uma validade que a justifique ou fundamente”¹⁸, sendo “o legislador limitado pelos princípios fundamentais do Direito que se sedimentaram na cultura ao longo da história e, portanto, estão fora da sua disponibilidade”¹⁹. Ainda a este propósito, e retomando uma vez mais a metáfora das fontes termiais, Paulo Ferreira da Cunha esclarece que “não é água castália pronta a des-sedentar a nossa sede de justiça. Há que passar por filtros. E que um dos filtros essenciais é a mediação aplicadora, axiológico-hermenêutica”²⁰.

Não obstante não se tratar de um problema novo (o das fontes de Direito), esta temática permanece até aos dias de hoje em “ebulição doutrinal”, em virtude de parte da doutrina entender que a teoria tradicional das fontes de Direito não se encontra isenta de críticas, tentando para tal alcançar novas propostas.

Note-se que a teoria tradicional das fontes de Direito tem na sua base todo o escopo de um período liberal, positivista e legalista, assente na tripartição de poderes, berço do Estado de Direito Democrático²¹, onde vigorava o conhecido brocardo: “*In claris non fit interpretativo*”, pelo que alguns autores consideram que a referida teoria não serve a realidade atual do Direito²². Aceitemos, no âmbito desta dissertação, a suficiência da teoria tradicional das fontes, não obstante a menção *supra*.

Assim, importa referir que no leque das fontes tradicionais de Direito é usual incluir-se a lei, o costume, a jurisprudência, a doutrina e, mais recentemente, também os princípios de Direito²³ ²⁴. De notar que, parte da doutrina também considerava os Assentos²⁵ fonte autónoma do Direito.

Sem desprimor para a importância do estudo de todo o elenco das fontes de Direito, cumpre, aqui chegados, o estudo em concreto da jurisprudência enquanto fonte de Direito: sua admissibilidade e indagação quanto à existência de uma componente criadora de Direito.

¹⁵ Sousa & Galvão, 2000, p. 176.

¹⁶ Justo, 2012, p. 188.

¹⁷ E de outros autores, como A. Castanheira Neves.

¹⁸ Justo, 2012, p. 188.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ Cunha, 1993, p. 322.

²¹ Finais do séc. XVIII.

²² Para uma crítica à teoria tradicional das fontes de direito, vd. Castanheira Neves (Neves, 2010, pp. 45 e ss.) e, por ex., o artigo de Thomas da Rosa de Bustamante (Bustamante, 2013, pp. 299-325).

²³ Estes últimos apenas considerados como tal por parte da doutrina.

²⁴ Machado, 2012, pp. 157 e 158.

²⁵ Figura que teremos oportunidade de abordar aquando do tratamento da jurisprudência como fonte de Direito, ponto fulcral deste nosso capítulo.

A jurisprudência designa o conjunto de decisões que emanam dos nossos tribunais e “constitui um meio de explicitação do sentido e alcance do Direito e até do seu desenvolvimento, de acordo com posições mais judicialistas”²⁶.

Todavia, para autores como Baptista Machado, a jurisprudência só deveria ser considerada verdadeira fonte de Direito, nos casos em que a decisão do caso concreto vinculasse outros tribunais, o que, *lato sensu*, não sucede atualmente no nosso sistema²⁷. Sem embargo de muitas vezes as sentenças e acórdãos preferidos fazerem uso de acórdãos dos tribunais superiores na sua fundamentação, em bom rigor, não estão obrigados a fazê-lo²⁸. Por outro lado, é com base nesta última ideia que alguns autores lhe atribuem a classificação de fonte mediata²⁹.

Constituíam exceção a esta regra os Assentos, os Acs. do TC que declaram inconstitucionalidade ou ilegalidade com força obrigatória geral e os Acs. dos Tribunais Administrativos que declaram, também com força obrigatória geral, a ilegalidade de regras administrativas³⁰. Como sabemos, os Assentos – instituto que consistia na emanação pelo STJ de uma deliberação que vinculava os Tribunais a optar por determinada interpretação, em situações em que tivessem ocorrido interpretações distintas em casos análogos – vigoraram até 1996, tendo sido julgados inconstitucionais com fundamento no atual art.º 112, n.º 6 da CRP^{31 32}. Pelo que, atualmente, as únicas exceções jurisprudenciais vinculativas, com carácter que poder-se-á dizer normativo, são efetivamente os Acs. do TC e dos Tribunais Administrativos com força obrigatória geral³³.

Diversamente do que sucede nos sistemas romanistas^{34 35}, nos países da *Common Law*, vigora *the rule of precedent*³⁶, desempenhando a jurisprudência, aí sim, um papel de grande relevância como fonte de Direito. Ainda assim, neste sistema de pendor jurisprudencial e consuetudinário³⁷, cresce atualmente “a importância da *statutory law*³⁸, dada a estrutural e universal exigência de legislação nas sociedades do nosso tempo”³⁹.

Regressando às fronteiras do sistema jurídico português, importa analisar a questão que poderemos apelidar de mais complexa no que concerne ao estudo da jurisprudência enquanto fonte de Direito, e aquela que mais influência terá para este nosso estudo

²⁶ Calheiros & Faria, 2013, p. 219.

²⁷ Machado, 2012, p. 162.

²⁸ Não obstante o seu dever de fundamentação.

²⁹ Ferreira, et al., 2018, p. 128.

³⁰ Justo, 2012, pp. 206 e 207.

³¹ À data, tratava-se do art.º 115, n.º 5 da CRP.

³² Sousa & Galvão, 2000, p. 141.

³³ Recorde-se que após o TC ter julgado os Assentos inconstitucionais, surgiu a figura do Ac. Uniformizador de Jurisprudência que, contrariamente aos primeiros, não tem carácter vinculativo para os demais tribunais, podendo os tribunais inferiores julgar de forma diversa, exigindo-se apenas nesses casos um especial dever de fundamentação, pelo que não têm carácter normativo.

³⁴ Nomeadamente, o sistema jurídico português.

³⁵ Se é certo que várias notas de pendor técnico distinguem os dois sistemas (*Common Law* e Romano-germânico), também é verdade que, como nos ensina Galvão Telles, “ambos os sistemas assentam essencialmente nos mesmos valores e vigoram em sociedades idênticas – a sociedade ocidental – onde, em ambos os casos, se sente a forte influência histórica cristã (Telles, 2010, p. 233).

³⁶ Regra do precedente obrigatório [tradução livre].

³⁷ Telles, 2010, p. 233.

³⁸ Legislação/direito escrito [tradução livre].

³⁹ Neves, 2010, p. 36.

que versa sobre o *crime de trato sucessivo*: a questão de saber se a jurisprudência cria ou não Direito e, em caso afirmativo, se tal é ou não admissível no nosso ordenamento.

Socorremo-nos das palavras de Marcelo Rebelo de Sousa e Sofia Galvão para afirmar que “tudo depende do que se entende por criar Direito. Qualquer resposta passa por uma prévia delimitação do que seja esse ato criador”⁴⁰. Ainda na senda destes autores, vislumbram-se duas teses possíveis. Uma primeira tese, para os que entendem que aplicar o direito ao caso concreto consubstancia criação, caso em que se dirá que a jurisprudência é criadora de Direito^{41 42}. Uma segunda tese, para os que perfilham o entendimento de que só há criação de Direito aquando da produção de normas jurídicas de conteúdo normativo, ou seja, doutrina segundo a qual a jurisprudência não tem qualquer faceta criadora de Direito⁴³.

Vários são os autores que se pronunciaram nesta matéria. Para os autores supramencionados, ao julgar os casos concretos os Tribunais criam Direito, na medida em executam tarefas de interpretação de normas e costumes, integram lacunas e constroem soluções, pelo que “geram Direito objetivo e dão força às convicções jurídicas da coletividade”⁴⁴. Na mesma senda, A. Santos Justo afirma que “toda a aplicação normativa envolve uma criação⁴⁵” e Baptista Machado refere que:

reconhece-se hoje que a jurisprudência, sobretudo no domínio da “concretização” das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados e no domínio do desenvolvimento do direito praeter legem (lacunas), assume o papel de um “legislador complementar”⁴⁶.

Em sentido oposto, autores há que defendem não ser possível afirmar que os Tribunais sejam criadores de normas jurídicas, não obstante reconhecerem a importância da jurisprudência enquanto fonte influenciadora do poder legislativo^{47 48}. Também neste sentido, mas numa visão ainda mais restritiva, Domingos Pereira de Sousa afirma que “as decisões dos tribunais não criam regras jurídicas, antes se limitam a cumpri-las”⁴⁹.

Chegados a esta parte, questionamo-nos sobre a última instância desta problemática: a de saber se – ainda que assumamos a existência de uma faceta criadora – poderão os Tribunais criar direito *ex novo*, isto é, criar figuras jurídicas, muito para além da simples interpretação normativa e integração de lacunas^{50 51}.

⁴⁰ Sousa & Galvão, 2000, p. 139.

⁴¹ Tese preferencial segundo os autores supramencionados.

⁴² Sousa & Galvão, 2000 p. 139.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ *Idem*, p. 142.

⁴⁵ Justo, 2012, p. 208.

⁴⁶ Machado, 2012, pp. 162 e 163.

⁴⁷ Cfr. Ferreira, et al., 2018, pp. 128 e 129.

⁴⁸ Excetuam-se claro está os casos dos Acs. com força obrigatória geral do TC e dos Tribunais Administrativos.

⁴⁹ Sousa, 2017, p. 89.

⁵⁰ Recordando sempre as limitações à analogia em Direito Penal, consagradas no art.º 29, n.º 1 da CRP e no art.º 1, n.º 3 do CP – verdadeiro corolário do princípio da legalidade penal.

⁵¹ Ainda numa breve nota no que concerne à analogia em Direito Penal, de referir que se encontra afastada a analogia *in malam partem*, ou seja, a analogia da qual resulte prejuízo para o arguido. Contudo, parece ser

Para logarmos resposta a tal questão, lançamos mão do seguinte ensinamento de A. Castanheira Neves:

Se lhe⁵² é inegável uma criação normativa-jurídica – a criação justamente resultante da mediação jurídico-decisória, que não é dedução ou mera aplicação, mas judicativa ponderação de constituinte concretização –, também não lhe corresponde uma deliberada e explícita inovação, aquela deliberada e explícita inovação que vimos própria da criação jurídica legislativa⁵³.

Parece-nos que nenhum autor – qualquer que seja a sua posição no espectro da faceta criadora da jurisprudência – admite a criação *ex novo* de figuras e institutos de Direito, que vão para lá da valoração de conceitos, interpretação do Direito e integração de lacunas. É esta também a posição que perfilhamos. Nem outra alcançamos conceber, porquanto tal consubstanciaria, em primeiro lugar uma violação do princípio da separação de poderes, consagrado na nossa CRP no seu art.º 2, verdadeiro corolário do princípio basilar do Estado de Direito Democrático; e, em segundo lugar, uma grave violação do princípio da legalidade, plasmado no art.º 29 do mesmo texto fundamental.

Se transportarmos estas ideias para o domínio do Direito Penal⁵⁴ e respetivo processo, mais cautelas deveremos ter na aferição desta criação *strictu sensu* de Direito pela jurisprudência. Não se olvide que o objeto do nosso estudo é fruto de criação jurisprudencial.

Ora, estamos no domínio do ramo de Direito que, a nosso ver, deverá ser o mais garantístico de todos os ramos, mormente para o arguido. Nunca nos esqueçamos que este é o ramo que poderá, *ultima ratio*, condenar alguém a ser privado da sua liberdade, pelo que acompanhamos as seguintes palavras de Eduardo Correia:

Saber, porém, se, num dado caso, um certo agente praticou um facto, e qual a pena que lhe corresponde, importa uma atividade concreta que de nenhum modo pode ser arbitrária, antes exige garantias que defendam o indivíduo de arbítrios e permitam uma verdadeira realização da justiça criminal⁵⁵.

Ademais, recordemos um dos primeiros ensinamentos dos cursos de processo penal: o direito penal adjetivo é (ou deverá ser) verdadeiro Direito Constitucional aplicado. Pelas razões expostas, nunca, em caso algum, nos poderemos afastar do princípio da legalidade penal.⁵⁶

Figueiredo Dias, que rejeita o puro dedutivismo conceitualista⁵⁷, rejeita também “a legitimidade para, a partir de estruturas ônticas [...] extrair delas, por necessidade,

de admitir o recurso à analogia *in bonam partem*, isto é, a analogia favorável ao arguido. Neste sentido *vide* Carvalho, 2016, p. 177.

⁵² [experiência jurídica jurisprudencial].

⁵³ Neves, 2010, p. 32 (sublinhado nosso).

⁵⁴ Utilizaremos indistintamente a expressão Direito Penal ou Direito Criminal, não olvidando, no entanto, que a questão da nomenclatura não é desprovida de discussão Doutrinal.

⁵⁵ Correia, 2008, p. 13 (sublinhado nosso).

⁵⁶ *Maxime, nullum crimen, nulla poena sine lege*.

⁵⁷ Dias, 2012, p. 28.

a solução de problemas jurídico-penais práticos”⁵⁸. Este autor defende que a melhor solução para a dogmática jurídico penal será dar primazia ao caso concreto, à justiça material. Não obstante esta posição, atentando ao seu estudo, logo percebemos que esta afirmação não é feita sem mais, na medida em que, ao prosseguir⁵⁹, o autor explicita que nunca nos poderemos, ainda assim, afastar do princípio da legalidade. Nas palavras deste autor haverá sempre um primeiro momento de subsunção à lei⁶⁰, pois o princípio da legalidade “impõe que o texto da lei constitua um limite absoluto de toda a tarefa da aplicação, por só deste modo poder cumprir a função de garantia que lhe cabe nos quadros do Estado de Direito”⁶¹.

Pelo exposto, e não obstante a evolução do Direito até aos dias de hoje, nomeadamente na prática judiciária, em que o juiz já não é a “mera boca da lei”⁶² (como se aclamava no séc. XVIII⁶³), parece-nos não ser de aceitar a criação de uma figura *ex novo* por parte dos Tribunais, o que aparenta ser o caso da figura do *crime de trato sucessivo*.

Contudo, preferimos desenvolver este nosso estudo antes de proceder a uma tomada de posição definitiva sobre a figura em causa e sua admissibilidade.

III. O crime de trato sucessivo: tentativa de definição e confronto com figuras afins

O crime de trato sucessivo é, como vimos no capítulo anterior, uma figura de cariz jurisprudencial, pelo que, apenas pelo estudo da jurisprudência poderemos lograr alcançar uma definição da figura em causa. Sendo certo que, em momento posterior, ençetaremos um breve roteiro pela jurisprudência portuguesa que tem sido emanada nesta matéria, tentaremos, ainda nesta sede, atingir uma definição, de modo a que possamos estabelecer o paralelismo entre esta figura e outras afins – seja pela sua similitude, seja pela dificuldade que o jurista enfrenta aquando do confronto das mesmas.

De forma a dar início à tentativa de definição de crime de trato sucessivo, importa referir que o mesmo tem sido aplicado, como poderemos mais tarde constatar, a vários tipos legais de crime, substancialmente diferentes entre si, mormente: o crime de tráfico de estupefacientes e os crimes sexuais. Com menor incidência, mas ainda assim com algum relevo, tem-se, por vezes, apelado ao recurso a esta figura nos crimes tributários e noutros tipos legais de crime, como, por ex., o crime de contrafação de moeda^{64 65}.

Ora, estamos perante tipos legais bem diferentes quanto à sua génese, execução, forma de preenchimento do tipo de ilícito e quanto ao bem jurídico protegido. Por este motivo, é nosso entendimento, *a priori*, que a figura do crime de trato sucessivo assu-

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ Antecipando uma eventual crítica.

⁶⁰ Apenas para efeitos de fundamentação ou agravamento da responsabilidade. Para maior aprofundamento, cfr. o texto integral.

⁶¹ Dias, 2012, p. 29 (sublinhado nosso).

⁶² Célebre frase de Montesquieu.

⁶³ Para uma perspetiva histórica do princípio da legalidade penal veja-se, por ex., Carvalho, 2016, pp. 163 e ss.

⁶⁴ Como sucedeu no Ac. do STJ, proc. n.º 42290, de 05.05.1993.

⁶⁵ Moniz, 2018, p. 3.

mirá, necessariamente, contornos distintos, ou pequenas nuances, de acordo com os tipos legais subjacentes à sua aplicação.

Num primeiro momento, dois parecem ser os pressupostos para que estejamos perante um crime passível de ser considerado crime de trato sucessivo: que esteja subjacente ao mesmo uma “unidade resolutive” e que haja conexão temporal entre os atos praticados⁶⁶. A “unidade resolutive” é, como nos ensina Helena Moniz, uma expressão que faz depreender uma pluralidade de atos, sendo preferível, por conseguinte, à expressão “unidade de resolução criminosa”⁶⁷ e visa a “unificação de vários atos em um só crime”⁶⁸ (que tenham ocorrido num mesmo “bloco temporal”)⁶⁹.

Porém, cumpre analisar os contornos assumidos pelo *crime de trato sucessivo* nos diferentes tipos legais, essencialmente no crime de tráfico de estupefacientes e nos crimes sexuais.

Como já tivemos oportunidade de referir em capítulo anterior, foi na década de oitenta que surgiu na jurisprudência dos nossos Tribunais, associado ao crime de tráfico de estupefacientes, a figura do *crime de trato sucessivo*⁷⁰, tendo o mesmo raciocínio sido aplicado ao crime de contrafação de moeda^{71 72}.

Na base desta tentativa de unificação de vários atos num único crime, estava, em ambos os casos⁷³, a “distinção entre, por um lado, a decisão de cometer um ato criminoso e, por outro lado, a decisão de cometer um tipo de crime que é integrado por múltiplos atos de execução”⁷⁴. Sucede que, como nos explica Helena Moniz, a jurisprudência inicialmente apelou, nestes casos, à figura do “crime exaurido”, não obstante referir características próprias dos crimes de empreendimento⁷⁵. Aconteceu, portanto, alguma confusão entre a figura do “crime exaurido” e a figura dos crimes de empreendimento, originando uma sobreposição das duas figuras, não obstante as mesmas serem distintas⁷⁶. Já mais recentemente, a confusão alastrou-se também ao conceito de “crime habitual”, pelo que importa clarificar estes conceitos.

i. Os crimes de empreendimento

Os crimes de empreendimento, também designados crimes de atentado⁷⁷, são aqueles em que ocorre uma antecipação da tutela penal, ou seja, como ensina M. Miguez Garcia, são os casos em que “a tentativa de cometimento do facto é equiparada à consumação e é como tal jurídico-penalmente tratada”^{78 79}. São, portanto, casos em que o

⁶⁶ *Idem.*

⁶⁷ Expressão que surge com frequência na nossa jurisprudência.

⁶⁸ Moniz, 2018, p. 3.

⁶⁹ *Idem.*

⁷⁰ *Idem.*

⁷¹ Cfr. Ac. do STJ, proc. n.º 42290, de 05-05-1993.

⁷² Ainda que, como nos explica Helena Moniz, no Ac. em causa ainda não tivesse sido adotada a terminologia de crime de trato sucessivo, já se vislumbrava algo de muito semelhante (Moniz, 2018, p. 3).

⁷³ Quer no crime de tráfico de estupefacientes, quer no crime de contrafação de moeda.

⁷⁴ Moniz, 2018, p. 4.

⁷⁵ *Idem.*

⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷ Figueiredo Dias diz ser de admitir esta nomenclatura em certos casos. Cfr. Dias, 2012, p. 315.

⁷⁸ Crimes de empreendimento próprios.

⁷⁹ Garcia, 2012, p. 190.

legislador entendeu não dever operar a atenuação especial prevista para a tentativa⁸⁰, mas, mais do que isso, são casos em que o crime é consumado com o simples atentado.

Pelo exposto, não tem relevância a desistência⁸¹, uma vez que a tutela penal foi antecipada de tal modo que basta para preenchimento do tipo, o empreendimento de um único ato típico. Da mesma forma, não tem pertinência nestes tipos de crime, o facto de o agente não lograr êxito e como tal não conseguir alcançar o “resultado último” que pretendia. Serve de ilustração, do que vimos expondo, o crime tipificado no art.º 308 (Traição à Pátria), crime em que o simples atentado integra o facto típico prescrito pela letra da lei^{82 83}.

Uma breve nota para referir que a doutrina não descarta, no entanto, a aplicação do regime da tentativa, à designada tentativa inidónea ou impossível^{84 85}, no âmbito, claro está, dos crimes de empreendimento. A tentativa impossível verifica-se naqueles casos em que, como nos ensina M.^a Paula Ribeiro de Faria, “a conduta do agente, por razões várias, não permite a consumação do crime, embora o agente represente essa consumação como possível”^{86 87}.

Ainda no que concerne aos crimes de empreendimento é de referir os crimes de empreendimento impróprios, casos em que a atuação reveste uma certa tendência⁸⁸, isto é, situações em que o empreendimento com um simples propósito já integra o tipo legal⁸⁹, (como sucede, por. ex., no crime de perseguição previsto no art.º 154.º-A do nosso CP).

ii. O “crime exaurido”

Como vimos supra, os crimes de empreendimento são crimes em que há uma antecipação da tutela penal por parte do legislador. Nestes casos, não raras vezes, a consumação formal e material não coincidem ou, acompanhando Helena Moniz, é usual a existência de uma “distorção entre a consumação formal e material”⁹⁰. Esta característica não é exclusiva dos crimes de empreendimento, estando presente também nos crimes de perigo, de intenção ou de resultado cortado⁹¹.

⁸⁰ Art.º 23, n.º 2 do CP.

⁸¹ Prevista no art.º 24 do CP.

⁸² Veja-se o n.º 1 do art.º 308 do CP, onde pode ler-se que “Aquele que, por meio de usurpação ou abuso de funções de soberania: a) Tentar separar da Mãe-Pátria ou entregar a país estrangeiro ou submeter à soberania estrangeira todo o território português ou parte dele”.

⁸³ Garcia, 2012, p. 190.

⁸⁴ É o caso de M. Miguez Garcia e Figueiredo Dias, nas obras já citadas.

⁸⁵ Art.º 23, n.º 3 do CP, *a contrario*.

⁸⁶ Faria, 2017, p. 250.

⁸⁷ Distingue-se do crime putativo – situação em que o agente assume que existe uma lei penal a punir a sua conduta, quando tal conduta não tem, em bom rigor, relevo jurídico penal. De referir ainda que este tipo de crime não é punível, pois tal consistiria grave violação do princípio da legalidade. Para um maior conhecimento *vide* Faria, 2017, pp. 253 e ss.

⁸⁸ Garcia, 2012, p. 191.

⁸⁹ Jescheck & Weigend, 2002, p. 6.

⁹⁰ Moniz, 2018, p. 6.

⁹¹ *Idem*.

Recorrendo agora ao crime de tráfico de estupefacientes, previsto e punido pelo art.º 21 do DL n.º 15/93, de 22 de janeiro⁹², importa referir que o mesmo visa proteger o bem jurídico saúde pública⁹³ e pune, no seu n.º 1:

“Quem, sem para tal se encontrar autorizado, cultivar, produzir, fabricar, extrair, preparar, oferecer, puser à venda, vender, distribuir, comprar, ceder ou por qualquer título receber, proporcionar a outrem, transportar, importar, exportar, fizer transitar ou ilicitamente detiver, fora dos casos previstos no artigo 40.º, plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a III”.

Ora, bastará que o agente efetue uma destas ações (por ex. cultivar), para que se preencha o tipo legal, em virtude da tal tutela penal antecipada. Porém, pode o agente para além de cultivar, efetuar os restantes passos para que o estupefaciente chegue ao consumo (por ex., através de um ato de venda). Dir-se-á nestes casos que houve um primeiro momento de consumação formal (o ato de cultivo) e, mais tarde, um ato de consumação material (o ato da venda). É no momento em que ocorre esta consumação material que se atinge a terminação, dizendo-se que se está perante um crime exaurido^{94 95}. Este resultado, esta terminação tem interesse para a valoração típica⁹⁶, sem embargo do tipo de ilícito se ter preenchido com o primeiro ato.

Estamos em condições, nesta altura, de perceber que a definição de crime de empreendimento não coincide com a definição de crime exaurido. Melhor dizendo, o crime de empreendimento poderá vir a ser um crime exaurido, mas um crime exaurido não tem de ser necessariamente um crime de empreendimento⁹⁷.

Aqui chegados, compreendemos que a jurisprudência tenha de alguma forma apelado à figura do *crime de trato sucessivo*, nos crimes de empreendimento (de que é exemplo, o crime de tráfico de estupefacientes), porquanto os mesmos pressupõem no seu tipo uma pluralidade de atos, consentânea com o pressuposto de aplicação da figura em estudo. Se tal é de admitir ou não, é uma questão que deixamos para discorrer em momento posterior deste nosso estudo.

iii. O crime habitual

Uma breve nota impõe-se relativamente ao crime habitual, pela dificuldade que o mesmo poderá suscitar quando em confronto com o crime de trato sucessivo⁹⁸.

⁹² Também denominado “legislação de combate à droga”.

⁹³ Bem jurídico subjacente a todos os tipos incriminadores plasmados na lei supra. É alvo de discussão doutrinal qual o bem jurídico subjacente à incriminação do consumo. Para melhor explorar esta temática, veja-se Valente, 2016.

⁹⁴ Moniz, 2018, p. 7.

⁹⁵ Assim, Helena Moniz quando afirma, na obra já citada, que “Esta distinção entre a consumação e a terminação ocorre em todos aqueles crimes de vários atos [...] como acontece nos crimes de tráfico de estupefacientes”.

⁹⁶ *Idem*, p. 8.

⁹⁷ Como já foi referido, existem outros tipos de crime em que ocorre a antecipação da tutela penal. De referir ainda a existência de outros crimes em que pode ocorrer a terminação, como é o caso dos crimes permanentes ou duradouros.

⁹⁸ Dificuldade essa que também se revela no confronto com o crime continuado, em virtude da similitude com o crime de trato sucessivo, que afluiremos ainda no decorrer deste capítulo.

O crime habitual pressupõe a prática habitual ou profissional⁹⁹ de determinada atividade. Essa “habitualidade” revela-se como elemento constitutivo do tipo legal ou como circunstância qualificativa¹⁰⁰. É exemplo de tipo habitual o crime consagrado no art.º 141, n.º 2 do CP (aborto agravado¹⁰¹)¹⁰².

O crime habitual exige uma multiplicidade de atos, como refere Germano Marques da Silva¹⁰³, característica que poderá contender com a pluralidade de atos que é “presuposto” da aplicação do crime de trato sucessivo. Ora, ainda que aparentemente semelhantes, a grande distinção reside, em nosso entender, no facto de o crime habitual o ser, por tal constituir elemento do próprio tipo (ou circunstância de agravação).

Diversamente, o crime de trato sucessivo não configura elemento do tipo legal, antes pelo contrário, é aplicável em momento posterior ao preenchimento do tipo (momento da unificação dos vários atos na tal “unidade resolutiva”). Sucede que, como teremos oportunidade de verificar mais adiante, não raras vezes, a jurisprudência, equipara o crime de trato sucessivo ao crime habitual.

O raciocínio idêntico ao aqui exposto, é também válido para os denominados crimes complexos – crimes cujo tipo protege mais do que um bem jurídico (por ex.: o crime de roubo¹⁰⁴) – porquanto tal complexidade resulta do próprio tipo legal e não de uma circunstância de unificação de atos realizada *a posteriori*.

iv. O crime continuado

É inegável a similitude existente entre a figura do crime de trato sucessivo e a figura do crime continuado, de tal modo que alguns autores entendem que o primeiro não é mais do que um “escape” aos rígidos pressupostos do segundo, ou ainda, nas nossas palavras, um sucedâneo ou subterfúgio face ao previsto no art.º 30 n.ºs 2 e 3 do CP. Nesta senda, M.^a Conceição Ferreira da Cunha, ao afirmar que “parece que se ‘deixa entrar pela janela’ o que se quis proibir ‘que entrasse pela porta’”¹⁰⁵. Vejamos então quão semelhantes são as figuras em apreço e o porquê das vozes críticas que se erguem a este propósito.

A primeira e, talvez, a mais evidente diferença entre ambos¹⁰⁶ reside no facto de o crime continuado encontrar consagração na lei¹⁰⁷, diversamente do que sucede com o *crime de trato sucessivo*, como aliás já tivemos oportunidade de referir. Assim, temos,

⁹⁹ Utilizamos indistintamente, para efeitos deste nosso estudo, a designação habitual ou profissional. Contudo, como nos ensina Taipa de Carvalho, a distinção é relevante e reside no facto de “nos crimes profissionais, o agente fazer da reiteração a ação modo de vida, ou seja, uma fonte de rendimentos correntes”. Carvalho, 2016, p. 305.

¹⁰⁰ Correia, 2008, p. 309.

¹⁰¹ Ou aborto habitual, empregando a expressão de Germano Marques da Silva (Silva, 2015, p. 425).

¹⁰² De referir também, por ex., a “usura habitual”, prevista no art.º 226, n.º 4, al. a) do CP.

¹⁰³ Silva, 2015, p. 425.

¹⁰⁴ P. e p. pelo art.º 210 do CP.

¹⁰⁵ Afirmação (em nota de rodapé) a propósito do recurso à figura do crime de trato sucessivo, quando estão em causa crimes sexuais, em especial após a entrada em vigor do n.º 3 do art.º 30 do CP – altura em que ficou completamente afastada a hipótese do recurso à figura do crime continuado, neste tipo de crimes (Cunha, 2016, p. 143).

¹⁰⁶ E também, arriscamo-nos a dizer, a mais importante.

¹⁰⁷ Art.º 30, n.ºs 2 e 3 do CP.

por um lado, uma figura cuja fonte é a lei^{108 109} e, por outro, uma figura de criação jurisprudencial – com todas as implicações que daí resultam e que tivemos oportunidade de melhor explorar no capítulo II.

Para compreendermos a gênese de ambas as figuras em causa, atentemos à sua contextualização histórica, também ela diferente. A figura do *crime de trato sucessivo* nasce, como sabemos, na jurisprudência dos anos oitenta, fruto de uma tentativa de unificação de condutas/ atos típicos num único crime. Já o crime continuado tem origens bem mais remotas, sendo algo discutido se tem a sua primeira expressão no Direito Romano, ou se remonta aos pós-glosadores e práticos italianos^{110 111}. No que ao ordenamento jurídico português concerne, cumpre referir que o crime continuado surge previsto na lei em 1931, não obstante haver já menções anteriores à figura, ou a algo com escopo semelhante, muito por força da influência dos pós-glosadores¹¹².

Quanto à gênese das duas figuras também existem diferenças a assinalar. O crime continuado surge como forma de atenuar (sob determinados pressupostos) penas consideradas demasiado severas – questão que emerge como um problema de concurso de penas na jurisprudência italiana, a propósito do crime de furto, porquanto na altura se previa, naquele ordenamento, o enforcamento como pena aplicável ao autor de três furtos^{113 114}. Para além da atenuação de penas desproporcionadas¹¹⁵ (razão material¹¹⁶), constituem também *ratio* do crime continuado, razões de economia processual, pretendendo-se através do recurso a esta figura “evitar as dificuldades práticas, por vezes insuperáveis, de comprovação judicial de cada uma das realizações que integram a continuação^{117 118}”.

Por sua vez, o *crime de trato sucessivo* “surge” alicerçado na figura do crime de empreendimento, nos casos em que não era aplicável o crime continuado, *maxime* por falta de preenchimento do requisito da diminuição da culpa do agente, em face de uma circunstância exterior^{119 120 121}.

O crime continuado não é figura consensual na doutrina, tratando-se de um daqueles “temas recorrentes, que insistentemente apelam a uma renovada reflexão, sendo difícil encontrar consenso em seu redor”¹²², mantendo-se, ainda hoje, substancial discussão

¹⁰⁸ Que passou pelos crivos próprios da criação legal, previstos na nossa CRP, em consonância com os princípios fundamentais subjacentes ao Estado de Direito Democrático.

¹⁰⁹ É, em bom rigor, construção legal e jurisprudencial. Assim, Faria, 2017, p. 396.

¹¹⁰ Parece-nos que será de colher a segunda hipótese. Nesta senda *vide* Correia, 1996 pp. 160 e ss.

¹¹¹ Para uma breve, mas esclarecedora contextualização histórica, veja-se Cunha, 2010, p. 321, na sua primeira nota de rodapé.

¹¹² Correia, 1996, pp. 278 e 279.

¹¹³ *Tertium furtum*.

¹¹⁴ Correia, 1996, p. 164.

¹¹⁵ Ou até “injustas, face ao conteúdo e sentido do ilícito total (Dias, 2012, p. 1028).

¹¹⁶ Cunha, 2010, p. 323.

¹¹⁷ Dias, 2012, p. 1028.

¹¹⁸ Isto é, problemas relacionados com a prova, que analisaremos com mais pormenor no capítulo V.

¹¹⁹ E, mais tarde, pela atualização legislativa que veio consagrar a proibição da aplicação do crime continuado aos tipos legais que protegem bens jurídicos pessoais, nos quais se incluem os crimes sexuais.

¹²⁰ Assim como também, nos casos em que não é possível aferir com certeza o número de vezes ou as datas, em concreto, em que o crime foi praticado. Neste sentido, *vide* Moniz, 2018, p. 2.

¹²¹ Cfr. Moniz, 2018, p. 10.

¹²² Cunha, 2010, p. 321.

entre os académicos, como teremos oportunidade de explorar no decorrer deste nosso estudo.

Propomo-nos tentar alcançar uma definição de crime continuado, pelo que nos socorremos das palavras de M.^a Paula Ribeiro de Faria, que nos ensina que estamos perante um crime continuado:

quando um agente pratica de forma sucessiva vários crimes que são tratados como um só e subtraídos ao tratamento segundo as regras do concurso, sempre que se deixem preencher determinados pressupostos. Na verdade, trata-se de uma multiplicidade de crimes que se converte numa unidade normativa dada a conexão que existe entre eles¹²³.

Para Germano Marques da Silva, o crime continuado distingue-se do concurso real de crimes, apenas em virtude dos elementos aglutinadores que a lei prevê para este instituto específico¹²⁴, elementos esses que configuram os pressupostos de aplicação desta figura.

Acompanhamos, nestas questões, o entendimento de Figueiredo DIAS, Segundo o qual o crime continuado configura *tertium genus* em relação ao concurso efetivo e ao concurso aparente de crimes^{125 126}.

Ainda em sede de definição do instituto em apreço, M. Miguez Garcia entende que a particularidade mais relevante do crime continuado reside no facto de o mesmo constituir uma “unidade jurídica construída sobre uma pluralidade efetiva de crimes”¹²⁷. Ora, aqui radica, em nosso entender, o grande “ponto de contacto” entre o crime continuado e o crime de trato sucessivo, porquanto ambos implicam a recondução a uma unidade, de algo que, *a priori*, era plúrimo.

Atentemos na figura do crime continuado e no que atualmente se encontra plasmado no nosso CP (redação que remonta a 2010¹²⁸):

Art.º 30:

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.

Da leitura da letra da lei, é notória a exigência de determinadas circunstâncias de facto e de Direito, para que o aplicador de Direito possa “lançar

¹²³ Faria, 2017, p. 396.

¹²⁴ Silva, 2015, p. 426.

¹²⁵ Dias, 2012, p. 1033.

¹²⁶ Para uma distinção entre unidade e pluralidade de crimes, e não nos sendo possível discorrer aqui sobre o tema, sugerimos o estudo da proposta de Figueiredo Dias: o critério da unidade ou pluralidade dos sentidos sociais de ilicitude do comportamento global. (Dias, 2012, pp. 988 e ss.).

¹²⁷ Garcia, 2012, p. 748, sob a perspectiva de uma “visão material das coisas”.

¹²⁸ Alteração anterior ocorreu em 2007. Analisaremos a mesma em momento posterior, uma vez que foi alvo de grande controvérsia.

mão” desta figura. Impõe-se, por conseguinte, uma análise desses mesmos pressupostos.

Da leitura da letra da lei, é notória a exigência de determinadas circunstâncias de facto e de Direito, para que o aplicador de Direito possa “lançar mão” desta figura. Impõe-se, por conseguinte, uma análise desses mesmos pressupostos.

A este respeito importa, primeiramente, notar que os pressupostos podem ser agrupados em dois grandes grupos¹²⁹: os pressupostos de conexão objetiva e os pressupostos de conexão subjetiva¹³⁰. São pressupostos de conexão objetiva: a identidade do tipo legal e/ou do bem jurídico, a execução homogénea e a existência de uma circunstância exterior facilitadora^{131 132}. Por sua vez, são pressupostos de conexão subjetiva: o dolo e a “culpa consideravelmente diminuída”¹³³ – sendo este último pressuposto também fundamento material do crime continuado^{134 135}.

Em face do exposto, encetaremos agora uma análise dos pressupostos supramencionados, sendo certo que o faremos com maior incidência naqueles que se revelarem de maior interesse para o estudo do *crime de trato sucessivo*¹³⁶.

Atentemos na letra da lei do art.º 30, n.º 2 do CP, quando o legislador refere “a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico”. Deste excerto resulta clara a importância do estudo do pressuposto “identidade do tipo legal/ e ou bem jurídico” – pressuposto que compreendemos que esteja na base de uma figura que visa uma unificação de condutas¹³⁷.

Sendo certo que a realização do mesmo tipo legal não levanta questões de maior, o problema reside em saber o que são tipos legais que protejam fundamentalmente o mesmo bem jurídico. Estaremos perante tipos que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, nos casos em que os tipos se encontrem numa relação de especialidade (por ex.: furto simples e furto qualificado), no entanto, parece já não ser de aceitar

¹²⁹ De notar, como ensina M.^a da Conceição Ferreira da Cunha, a “inexistência de uma fronteira estanque entre os dois grupos distintivos (Cunha, 2010, p. 342).

¹³⁰ Cunha, 2010, p. 326.

¹³¹ *Idem*.

¹³² Quanto à necessidade de existir a tal circunstância facilitadora, M.^a da Conceição Ferreira da Cunha afirma tratar-se de um “elemento objetivo, que constitui pressuposto de um requisito subjetivo fundamental – a “diminuição considerável da culpa do agente” (Cunha, 2010, p. 326).

¹³³ *Idem*.

¹³⁴ *Idem*, p. 327.

¹³⁵ Eduardo Correia, “pai” do crime continuado em Portugal, desenvolve toda a sua tese com base nesta “culpa consideravelmente diminuída” (Correia, 2008, pp. 177 e ss. e 223 e ss.).

¹³⁶ Sendo certo que subsistirá sempre grande dificuldade em falar de “pressupostos do crime de trato sucessivo”, porquanto a figura não tem a consagração legal, nem o nível de tratamento doutrinal de que foi alvo o crime continuado. Ainda assim, tentaremos estabelecer um paralelo entre ambas as figuras, sempre que tal se vislumbrar possível.

¹³⁷ Cunha, 2010, p. 338.

a existência de tal identidade entre, por ex., o furto e o roubo, porquanto no roubo¹³⁸ *há um plus*, uma proteção a outro bem jurídico¹³⁹ para lá do património.^{140 141 142}

Este requisito de identidade parece ser de exigir no *crime de trato sucessivo*¹⁴³, o que afirmamos tendo em consideração que, em bom rigor, esta figura, como já dissemos, configura um sucedâneo do crime continuado. Ademais, não vislumbramos como seria possível aglutinar numa unidade, tipos legais de crime que não comungassem desta mesma identidade nos termos descritos.

Outra questão, ainda que diversa da anterior, se coloca em termos de identidade – a questão da identidade da vítima, isto é, a problemática de saber se para existir crime continuado será de exigir que os vários atos tenham sido praticados sobre uma mesma vítima.

Atualmente e desde 2010¹⁴⁴, a questão encontra-se pacificada no que concerne aos crimes que tutelam bens jurídicos pessoais, pela simples razão de que o crime continuado não lhes é aplicável independentemente das circunstâncias adjacentes. Contudo, nem sempre assim foi, aliás, esta foi uma das questões que mais tinta fez correr no que diz respeito ao crime continuado. Numa primeira fase, a letra da lei nada dizia a este respeito. Não obstante, já nesse período havia quem defendesse a exigência da identidade da vítima no que concerne aos crimes que protegiam bens jurídicos eminentemente pessoais¹⁴⁵, mormente Eduardo Correia^{146 147}.

Face a este entendimento, o legislador tentou, em 2007, apaziguar a questão – introduzindo um n.º 3, onde se podia ler que o crime continuado “não abrange crimes praticados contra bens eminentemente pessoais, salvo tratando-se da mesma vítima”¹⁴⁸. Em face desta introdução alguns autores defenderam que a mesma era prescindível, não trazendo nada de substancialmente novo¹⁴⁹, havendo ainda outros defensores da opinião de que a mesma se revelava contraproducente, podendo levar a interpretações *contra reum*¹⁵⁰ ou indesejáveis – por ex., a interpretação, *a contrario*, segundo a qual, sem-

¹³⁸ Tipo de crime complexo, que protege mais do que um bem jurídico.

¹³⁹ Bem jurídico pessoal.

¹⁴⁰ Cunha, 2010, p. 338.

¹⁴¹ Para maior desenvolvimento desta questão *vide* Cunha, 2010, pp. 338 e ss.

¹⁴² Figueiredo Dias fala da exigência de uma “estreita afinidade, parentesco ou proximidade” (Dias, 2012, p. 1029).

¹⁴³ Admitindo nesta sede, para efeitos de mera reflexão, a sua admissibilidade.

¹⁴⁴ Com a redação dada ao artigo pela Lei n.º 40/2010, de 3/09.

¹⁴⁵ A doutrina procurou saber o que são “bens jurídicos eminentemente pessoais”. Acompanhando Figueiredo Dias, parece não haver qualquer dúvida quanto aos tipos legais de crime plasmados no Título I da parte especial do nosso CP. Os tipos de crime complexos, em que um dos bens jurídicos protegidos seja pessoal (por. ex., o crime de roubo), parecem também ser de incluir nesta categoria (Dias, 2012, p. 1009).

¹⁴⁶ Correia, 2008, pp. 255 e ss.

¹⁴⁷ Questão interessantíssima, mas que não será por nós aqui analisada, é a de saber o que sucede quanto aos tipos cujo bem jurídico tutelado é de carácter patrimonial, considerando que há quem entenda que se estabelece um vínculo pessoal entre “o Homem e o bem”. Contudo, para um maior conhecimento, cfr. Dias, 2012, p. 1009 ou Cunha, 2010, pp. 329 e ss.

¹⁴⁸ Lei n.º 59/2007, de 4/09.

¹⁴⁹ Cunha, 2010, p. 340.

¹⁵⁰ Valdágua, 2006, p. 532.

pre que houvesse uma única vítima, o julgador deveria aplicar automaticamente o crime continuado, aplicação essa que foi afastada pela doutrina e pela jurisprudência do STJ.

Neste seguimento, em 2010, o legislador reformula a redação do n.º 3 do art.º 30 do CP, proibindo, sem mais, a aplicação do crime continuado aos crimes praticados contra bens eminentemente pessoais. Esta proibição tem elevado impacto no recurso à figura do crime de trato sucessivo, não obstante a figura ser anterior a 2010. Desta proibição resultou a proliferação do recurso ao crime de trato sucessivo por parte de alguns Tribunais, em crimes cujo bem jurídico subjacente era eminentemente pessoal, *maxime*, os crimes sexuais. Esta circunstância, que teremos oportunidade de analisar em sede do roteiro de jurisprudência que nos propomos elaborar no capítulo seguinte, ilustra a ideia que inicialmente apontámos, de que o crime de trato sucessivo é, tão só e apenas, um subterfúgio face ao crime continuado – parecendo-nos inadmissível fazer uso de uma figura de criação jurisprudencial, contrariando a vontade expressa do legislador.

De forma breve, cumpre referir o pressuposto da homogeneidade, pressuposto este que extraímos da letra da lei. Pois bem, para que se cumpra o pressuposto, exige-se que as condutas sejam “tendencialmente” homogêneas¹⁵¹.

Como nos ensina M.^a Paula Ribeiro de Faria, o nosso CP não exige que o autor tenha elaborado um plano prévio¹⁵², muito embora faça uma associação entre a execução homogênea e a existência de uma circunstância facilitadora^{153 154}.

Acompanhamos neste particular a doutrina que entende que tal circunstância facilitadora terá de ser sempre a mesma, para que estejamos no âmbito do crime continuado¹⁵⁵.

Por fim, uma última nota em torno deste pressuposto, mais precisamente sobre a problemática de saber se será de exigir (ou não) uma proximidade espaciotemporal. Sendo certo que, para alguns autores, esta proximidade não reveste especial importância (ainda que possa servir como indício de uma continuidade criminosa), preferimos acolher o Entendimento de que tal é relevante. Apoiamo-nos, para tal, nas palavras de M.^a da Conceição Ferreira da Cunha ao afirmar que:

parece-nos muito dificilmente imaginável uma situação de continuação criminosa e, assim, de homogeneidade na execução na presença de uma mesma circunstância exterior facilitadora do crime, em contextos espaço-temporais distantes, sem conexão entre si.

Esta homogeneidade parece constituir também pressuposto do recurso ao crime de trato sucessivo, enquanto figura descendente do crime continuado. Mais dúvida é, no

¹⁵¹ Faria, 2017, p. 400.

¹⁵² Contrariamente ao que sucede no ordenamento espanhol (Faria, 2017, p. 400).

¹⁵³ *Idem*.

¹⁵⁴ A este respeito, a autora afirma que “a homogeneidade de execução pode existir em relação a tipos legais de crime distintos sempre que se deixe afirmar uma certa unidade situacional e valorativa entre formas de afetação do bem jurídico, e pode ser afastada tratando-se do mesmo tipo legal de crime quando o contexto, a dimensão e a forma de praticar o facto variem substancialmente, não sendo de atribuir relevância decisiva nesta valoração ao contexto espaço-temporal em que os crimes são praticados” (Faria, 2017, p. 401).

¹⁵⁵ Cunha, 2010, p. 343.

entanto, a exigência da verificação de uma circunstância facilitadora, ainda que a mesma se possa verificar.

Questão que também se nos afigura pertinente é a de saber qual o tipo de dolo que deverá estar subjacente ao crime continuado: um dolo conjunto? Um dolo continuado? Para que estejamos em condições de responder a esta questão, interessa proceder a uma clarificação dos conceitos.

Assim, o dolo conjunto será todo aquele que implique que o agente tenha planeadas, pelo menos no essencial, as várias realizações típicas logo num momento inicial¹⁵⁶. Por sua vez, o dolo continuado será, como a própria denominação indica, um dolo que perdura no tempo, não havendo em cada ato uma nova resolução criminosa, mas apenas a sequência de uma realização já tomada e que não exclui, *a priori*, a repetição do ato inicial caso se proporcionem as circunstâncias devidas¹⁵⁷.

Para Figueiredo Dias, face ao plasmado no art.º 30, n.º 2 do CP, será de admitir o dolo em qualquer uma das duas modalidades referidas¹⁵⁸. Sendo a questão um tanto controversa, cremos ser de acolher a teoria segundo a qual o crime continuado não é compatível com nenhuma das duas figuras supra, mas antes com uma “renovação do dolo, face à circunstância exterior facilitadora”^{159 160}.

O mesmo raciocínio entendemos ser de transportar para o crime de trato sucessivo¹⁶¹, ainda que neste não se exija a presença de uma circunstância exterior facilitadora. Exemplificando este nosso entendimento, questionamos como poderemos afirmar que um padrasto que viola, por várias vezes, a enteada (ainda que num hiato temporal mais ou menos curto) não renova o seu dolo em cada ato que pratica? Será de aceitar a existência de uma circunstância facilitadora neste caso? Parece-nos que a resposta a ambas as questões terá de ser negativa.

O último pressuposto/requisito que nos propomos estudar é a culpa diminuída, adiantando desde já que a mesma não constitui pressuposto do crime de trato sucessivo, pelo que seremos modestos nesta abordagem. O artigo versa expressamente que, da circunstância externa, terá¹⁶² de resultar uma considerável diminuição da culpa do agente. Contudo e, não obstante reconhecermos elevado interesse no estudo das teorias da culpa¹⁶³, não nos alongaremos mais nesta sede, na medida em que o pressuposto em apreço não consubstancia requisito da figura central do nosso estudo.

Aliás, não raras vezes, é exatamente pelo facto de não se encontrar preenchido o requisito em apreço, que a jurisprudência (não podendo aplicar o crime continuado) faz

¹⁵⁶ Dias, 2012, p. 1031.

¹⁵⁷ *Idem*.

¹⁵⁸ *Idem*.

¹⁵⁹ Cunha, 2010, p. 360.

¹⁶⁰ Neste sentido, M.^a da Conceição Ferreira da Cunha, ao questionar, em nota de rodapé, “Pois, se da resolução inicial já faz parte a repetição dos vários crimes no tempo, como se poderá dizer que o agente foi tentado a repetir?” (Cunha, 2010, p. 360).

¹⁶¹ Contra este nosso entendimento veja-se, por ex., o Ac. do TRE, proc. n.º 72/15.3JASTB.E1, de 16-03-2017, onde se defende que “Configura a prática de um crime de trato sucessivo a existência de um único dolo a abranger todas as condutas”.

¹⁶² Empregamos aqui a forma verbal “terá”, porquanto este requisito se reveste de carácter obrigatório para o preenchimento da figura do crime continuado.

¹⁶³ Para uma elucidativa narrativa das teorias da culpa veja-se, por ex., Carvalho, 2016, pp. 460 e ss.

apelo à figura do *crime de trato sucessivo*¹⁶⁴ – instituto “secundário” ou “descendente” do crime continuado – numa tentativa de obter resultados semelhantes¹⁶⁵.

Por fim, e apelando às palavras com que iniciámos este subcapítulo, cumpre recordar a controvérsia que paira, cada vez com maior intensidade, sobre a figura do crime continuado. Salienta-se, a este respeito, o facto de nem sempre resultar benefício para o arguido da aplicação do crime continuado ao caso concreto. Podem, pois, ocorrer casos em que o arguido sai beneficiado pelo recurso às regras típicas do concurso de crimes^{166 167}.

Ademais, parte da doutrina entende que, atualmente e face às regras previstas para o concurso de crimes, não existe o perigo de penas excessivas, pelo que se esvazia a *ratio* do crime continuado, ou pelo menos parte dela. Além do referido, também se vem entendendo que as eventuais vantagens processuais que poderão advir do recurso ao crime continuado não são inócuas para o arguido, porquanto se verificam, em simultâneo, desvantagens em termos de justiça material para este mesmo sujeito processual¹⁶⁸. Não nos cabendo uma tomada de posição face ao crime continuado, não podemos, contudo, deixar de concordar com os autores que defendem, pelo menos, uma reestruturação no sentido de uma maior restrição¹⁶⁹.

Quanto às consequências penais e processuais penais, relegamos o estudo das mesmas para momento ulterior desta nossa dissertação.

IV. Breve roteiro pela jurisprudência

Poder-se-ia pensar que, a partir da análise da jurisprudência portuguesa, lograr-se-ia melhor densificação do conceito de crime de trato sucessivo. Infelizmente, não foi essa a realidade com que nos confrontámos na nossa investigação. Em bom rigor, o que lográmos alcançar foi o facto de esta figura não encontrar consenso, em qualquer uma das suas dimensões, na jurisprudência.

Não se pense que a confusão a que nos referimos se reporta apenas à 1ª e 2ª instância; em boa verdade, o mesmo sucede em sede de STJ, não obstante se verificar uma tendência para, mais recentemente, a maioria das decisões proferidas ser no sentido da não admissibilidade do crime de trato sucessivo.

Do exposto conseguimos extrair já algumas conclusões. A primeira será a de que o recurso à figura do crime de trato sucessivo não é consensual no seio dos juízes, aplicadores últimos do Direito. Por outro lado, foi possível perceber que o conceito de crime de trato sucessivo se reveste de aceções múltiplas, o que contribui para maior incerteza no seu estudo. Por fim, uma última nota para referir que subsiste uma confusão termi-

¹⁶⁴ Moniz, 2018, p. 10.

¹⁶⁵ Mas não totalmente idênticos, como veremos no nosso capítulo V.

¹⁶⁶ Cunha, 2010, pp. 333 e 334.

¹⁶⁷ Este benefício é sim mais evidente em casos em que o agente tenha praticado grandes cadeias de atos típicos.

¹⁶⁸ Assim, Cunha, 2010, p. 368.

¹⁶⁹ A este propósito veja-se, por ex., a proposta de “agravação do limite máximo do crime mais grave que integra a continuação” ou até a circunscrição do crime continuado à pequena e média criminalidade (Cunha, 2010, pp. 369 e 370). Em sentido semelhante e prevendo o desaparecimento da figura a curto prazo, veja-se a sugestão de “proceder à tipificação autónoma desses crimes “continuados” ou massificados nas áreas ou domínios donde mais facilmente se revelam” (Faria, 2017, pp. 407 e 408).

nológica entre o crime de trato sucessivo e figuras afins¹⁷⁰. Vejamos como nos foi possível extrair tais ilações.

i. O caso dos crimes de tráfico de estupefacientes

Atentemos, em primeiro lugar, ao que sucede nas decisões que versam sobre o crime de tráfico de droga. No Ac. do STJ proc. n.º 046430, de 22-03-1995 pode ler-se, na parte que ao nosso estudo interessa: “*É que o crime de tráfico de estupefaciente é de trato sucessivo, medindo-se a sua ilicitude não só em função das porções de droga [...] mas ainda, tendo em conta a quantidade traficada durante determinado período de tempo*” e ainda que “os factos praticados integram um crime [...] mas não sob a forma continuada, porque é um *crime de trato sucessivo*”. Pode ler-se ainda no Ac. do TRC proc. 1101/09.5JACBR-A.C1, de 07-06-2016, que:

o crime de tráfico de estupefacientes [...] é o que vem sendo denominado de crime exaurido, ou seja, um crime que se consuma através da comissão de um primeiro ato de execução, que não corresponde a uma execução completa mas que se irá aperfeiçoar.

Estes excertos são, em nossa opinião, suficientes para ilustrar a tal confusão terminológica a que já nos referimos. Face ao exposto cumpre reiterar que, em nosso entender, o crime de estupefacientes não é, nem um *crime de trato sucessivo* como vem consagrado no primeiro Ac., nem um crime exaurido como vem defendido no segundo Ac. mencionado.

Não obstante poder ser crime exaurido em determinados casos, o crime de tráfico de estupefacientes é, em nosso entender, crime de empreendimento – recordemos a este propósito o que dissemos no capítulo III.

Somos a concluir que a expressão *crime de trato sucessivo* é utilizada, no que ao crime de tráfico de estupefaciente concerne, como equivalente de crime de empreendimento – em virtude do tal “caos terminológico” que paira sobre a jurisprudência. Ora, o crime de empreendimento já integra em si mesmo a possibilidade de realizar diversos atos, embora baste a realização de um único ato para que ocorra o preenchimento do tipo. Não é, portanto, necessário chamar à colação uma figura que visa a posterior unificação dos atos.

Não sendo terminologicamente correto apelidar o crime em apreço de *crime de trato sucessivo* ou de crime exaurido¹⁷¹, não nos choca, do ponto de vista da justiça material, que o façam, pois, a questão é, em nosso entendimento, meramente terminológica.

ii. O caso dos crimes sexuais

A problemática encontra outra dimensão no caso dos crimes sexuais¹⁷², onde a figura do *crime de trato sucessivo* não é aplicada de forma inócua, apenas em resultado

¹⁷⁰ Confusão essa que tentámos dirimir no capítulo anterior.

¹⁷¹ Sempre com a ressalva de que poderá sê-lo em determinados casos em que ocorre terminação. Cfr. capítulo III.

¹⁷² E, de certa forma, também no caso dos crimes tributários.

de uma confusão terminológica. Nestes crimes a figura assume as vestes do tal “sucedâneo do crime continuado”, com reais implicações em termos de justiça formal e material, mormente para o arguido.

a. Ac. do STJ, proc. n.º 862/11.6TAPFR.S1, de 29-11-2012

No Ac. em apreço assume-se a dificuldade de contagem dos crimes sexuais, quando estes não constituem ato isolado, o que vem de certa forma “validar” o recurso a uma figura de unificação de atos¹⁷³. Saliente-se que em causa estava a prática pelo arguido de vários crimes sexuais contra duas vítimas menores – sendo que uma das vítimas estava à guarda do arguido (que o tratava como pai) e a outra ofendida era sua filha biológica¹⁷⁴.

Uma vez que os atos se reportavam a momento anterior à alteração efetuada pela Lei n.º 40/2010, houve necessidade de aferir se se encontravam preenchidos os pressupostos do crime continuado. Consideraram os juizes do STJ (bem, em nossa modesta opinião) que, *in casu*, não poderíamos estar perante um crime continuado, porquanto:

Estar sozinho em casa com uma filha ou enteada menor é uma situação normalíssima da vida de um homem, que não pode ser considerada oportunidade facilitadora para fazer o que quer que seja de mal a essa filha ou enteada, a quem tem a obrigação de fazer o bem.

Negada a possibilidade *supra*, coube, pois, num segundo momento, averiguar a possibilidade de as condutas em causa configurarem um *crime de trato sucessivo*. Não obstante a referência a que “estando em causa um crime de abuso sexual de crianças agravado, não pode aceitar-se que o ‘êxito’ da primeira ‘operação’ [...] possa determinar a diminuição da culpa do arguido” – entendimento que perfilhamos na íntegra – o Ac. conclui pelo “englobamento das condutas” em três crimes de violação agravada, de *trato sucessivo*¹⁷⁵. Segundo este Ac.¹⁷⁶, o *crime de trato sucessivo* caracteriza-se pela repetição homogênea de condutas, no âmbito de uma mesma resolução criminosa, sendo que “qualquer uma das condutas é suficiente para preencher o tipo”. No Ac. em apreço entendeu-se ainda não haver lugar a uma diminuição da culpa do agente, constatando-se antes um agravamento da culpa “pela persistência da resolução criminosa”.

A existência de um voto de vencido¹⁷⁷ ilustra a falta de consenso jurisprudencial que viemos apontando. Na declaração de voto pode ler-se que o Juiz Conselheiro manteria a decisão recorrida¹⁷⁸, defendendo o mesmo que não deveria ter operado nenhuma “unificação”. Mais, salientando ainda que “A categoria de *crime de trato sucessivo* [...]”

¹⁷³ Ilustrando esta dificuldade de contagem, veja-se o seguinte excerto do Ac. em apreço: “os factos ocorriam quase todos os dias e por vezes dia sim, dia não, sempre que a sua mãe se ausentava”.

¹⁷⁴ Casos em que é notória a dificuldade de contagem dos crimes cometidos. Neste sentido, cfr. Moniz, 2018, p. 2.

¹⁷⁵ Um primeiro quanto à ofendida B, um segundo quanto à mesma ofendida (que não foram unificados em virtude do hiato temporal de dois anos, existente entre os dois “blocos de condutas”) e, por fim, um terceiro perpetrado contra a filha C.

¹⁷⁶ E baseando-se o mesmo na fundamentação do Ac. do STJ, proc. N.º 4830/07, de 23-01-2008.

¹⁷⁷ Do Juiz Conselheiro Manuel Braz.

¹⁷⁸ Que considerou que o recorrente havia cometido 20 crimes de abuso sexual de crianças agravados, 2 crimes de abuso sexual de menor dependente agravados e 6 crimes de abuso sexual de crianças agravados.

não vem com essa designação contemplada na lei” e referindo também que os crimes habituais são casos especiais, especialidade essa que se prende com a estrutura do facto criminoso¹⁷⁹.

Por fim, cumpre referir que, não obstante parecer que o Juiz Conselheiro admite o *crime de trato sucessivo* (enquanto equivalente a crime habitual¹⁸⁰) nos casos de crime de tráfico de estupefacientes, o mesmo nega a sua aplicação aos crimes sexuais. Assim, pode ler-se que:

Parece claro que tanto os tipos de crime de abuso sexual de crianças e de abuso sexual de menores dependentes como o da violação não contemplam aquela “multiplicidade de atos semelhantes” que está implicada no crime habitual nem, por isso, a sua realização pressupõe um comportamento reiterado.

b. Ac. do STJ, proc. n.º 45/13.0JASTB.L1.S1, de 22-04-15; Ac. do STJ, proc. n.º 414/12.3TAMCN.S1, de 14-01-2016 e Ac. do STJ, proc. n.º 657/13.2JAPRT.P1.S1, de 20-04-2016.

Reunimos nesta análise os Acs. supramencionados, em virtude de perfilharem posições semelhantes – são, pois, contra a subsunção dos crimes sexuais à categoria de crimes de trato sucessivo e respetiva unificação.

Na situação a que se reporta o primeiro Ac. aqui mencionado, em sede de 1ª instância o tribunal havia condenado o arguido, em cúmulo jurídico, na pena de 15 anos de prisão, referente à prática, em autoria material e em concurso efetivo, de 46 crimes de abuso sexual de criança e 1 crime de pornografia de menores. Sucede que a decisão em causa foi alvo de recurso para o TRL que considerou ser de aplicar a unificação por via do recurso à figura do crime de trato sucessivo, tendo o arguido sido condenado, desta feita, em 13 anos e 6 meses.

Ainda assim, inconformado com a decisão, o arguido recorreu para o STJ. De forma breve e extraíndo aquilo que entendemos ser o mais relevante para o nosso estudo, cumpre salientar que a posição perfilhada pelo Ac. recorrido do TRL não logrou acolhimento pelos Juízes Conselheiros. Assim, a decisão, fundamentando-se no voto de vencido mencionado no subcapítulo anterior, foi em igual sentido ao que havia decidido a 1ª instância. Sucede que, como pode ler-se no Ac. em apreço:

Todavia, a alteração da qualificação no sentido que entendemos ser o correto [...] reclamaria [...] uma pena conjunta mais elevada [...] o que, traduzindo-se em *reformatio in pejus*, nos estaria vedado [...]. Por isso, [...] *não podemos senão atender às penas parcelares (não impugnadas) e conjunta cominadas no Ac. recorrido.*

É bastante semelhante o entendimento perfilhado no Ac. do STJ, proc. n.º 414/12.3TAMCN.S1. No que à matéria de facto diz respeito, encontrava-se em apreço o

¹⁷⁹ Em consonância com o que foi por nós defendido no capítulo III.

¹⁸⁰ Mais uma vez fica aqui patente alguma mistura de conceitos terminológicos. Contudo, esta aproximação do crime de trato sucessivo ao crime habitual vem sendo recorrente na jurisprudência.

cometimento de centenas de crimes de abuso sexual de criança, crimes esses que haviam sido praticados sobre vários ofendidos. Em 1ª instância e fruto do cúmulo jurídico, o arguido foi condenado numa pena de 25 anos de prisão e numa pena acessória de inibição do exercício de funções. Também neste caso o STJ pronunciou-se a favor da decisão recorrida, afastando, *in casu*, a figura do crime de trato sucessivo. Fê-lo, por um lado, com justificação no tipo legal (abuso sexual de crianças), afirmando que “da análise [...] da sua estrutura típica não se verifica que com o mesmo se pretenda punir uma atividade” – afastando assim a equiparação ao crime habitual. Por outro lado, enfatizou que em todas as situações de facto dadas como provadas havia ocorrido renovação do desígnio criminoso. Por fim, importa proceder a uma análise e contextualização do Ac. do STJ, proc. n.º 657/13.2JAPRT.P1.S1 – talvez o Ac. onde maior crítica tenha sido feita ao crime de trato sucessivo¹⁸¹. No caso em apreço, sucedeu que, em 1ª instância, o arguido havia sido condenado numa pena única de 13 anos de prisão, resultante do cúmulo das penas parcelares atribuídas pela prática de 11 crimes de violação agravada¹⁸². Interposto recurso pelo arguido para o TRP, foi o mesmo rejeitado por decisão sumária, porquanto se revelava manifestamente improcedente. Inconformado com tal decisão, o arguido interpôs novo recurso para o STJ, requerendo, em suma, que este Tribunal se pronunciasse acerca da subsunção dos factos em apreço na figura do crime continuado.

Ora, não só o Tribunal entendeu que tal pretensão não colheria, como afastou de forma implacável a aplicação da figura do crime de trato sucessivo. Analisando a sua fundamentação, começamos por constatar que são tecidas várias críticas ao instituto do crime continuado, concluindo os juízes pela sua não aplicação em virtude do n.º 3 do art.º 30 do CP. Seguidamente, foi indagada a aplicação da figura do crime de trato sucessivo. Nesta sede, pode ler-se que os crimes sexuais não consubstanciam crimes habituais e que, como também aqui já defendemos, “o entendimento de um crime como sendo habitual tem necessariamente que decorrer, atento o princípio constitucional da legalidade criminal [...] do tipo legal de crime previsto na legislação”. A fundamentação prossegue, afirmando-se que é inconstitucional o entendimento no sentido da unificação destas condutas que têm subjacentes resoluções distintas. Atentemos no seguinte excerto, “acutilantemente” esclarecedor:

Poder-se-á ainda assim perguntar: e se for uma violação de manhã e outra à noite, ainda assim estamos perante duas violações?

Estaremos sempre perante um crime de violação sempre que se ofenda o bem jurídico da liberdade sexual, sempre que o novo ato constitua novo constrangimento da vítima, sempre que a *vítima tenha sido novamente obrigada, novamente ameaçada, constrangida, violentada*.

Alguma vez a jurisprudência veio dizer que uma facada de manhã e uma facada à tarde constituía o mesmo crime de violação da integridade física?

O Ac. em causa vai ainda mais longe, ao afirmar que, no quadro legal vigente, caberá (ao MP) fazer prova do maior número possível de atos,

¹⁸¹ O que não nos espanta, tendo em consideração que a Juíza relatora foi Helena Moniz, que já tivemos oportunidade de citar por variadas vezes no decurso deste trabalho.

¹⁸² P. e p. nos termos dos arts. 164º, n.º 1, al. a) e 177º, n.º 1, al. a), do CP.

excluindo-se os factos que não se consigam provar com segurança, sob pena de violação do *princípio in dubio pro reo*.

V. Da (in)admissibilidade do recurso à figura do crime de trato sucessivo

i. Consequências sancionatórias e processuais do recurso ao crime de trato sucessivo

a. Das consequências sancionatórias

Este nosso estudo revelar-se-ia incompleto caso não escrutinásemos as consequências práticas que advêm (ou podem advir) do recurso à figura do crime de trato sucessivo, consequências essas que podem ser de índole sancionatória e/ou de índole processual.

Como ponto de partida, veja-se o que sucede no crime continuado, atentando, para o efeito, no conteúdo do art.º 79 do CP:

- O crime continuado é punível com a pena aplicável à conduta mais grave que integra a continuação.
- Se, depois de uma condenação transitada em julgado, for conhecida uma conduta mais grave que integre a continuação, a pena que lhe for aplicável substitui a anterior.

Importa a este respeito referir que nos Acs. em que se aplicou a figura do crime de trato sucessivo a pena (ou a moldura a considerar) foi determinada de acordo com o art. 79.º n.º 1 do CP¹⁸³.

Quanto ao n.º 2 do art.º supra nunca poderá o mesmo ser aplicado ao crime de trato sucessivo. Fundamentando este nosso entendimento, importa salientar que acreditamos que tal aplicação seria *contra legem*. Repare-se que ao considerar a aplicabilidade do n.º 2 do art.º 79 do CP ao crime de trato sucessivo, estaríamos, uma vez mais, a admitir que o aplicador de Direito pudesse transportar a seu “bel-prazer” normativos legais pensados para o crime continuado para uma figura que o legislador não consagrou. Ademais, a aplicação deste n.º 2 configura uma verdadeira exceção ao caso jugado¹⁸⁴, o que, por si só, já levanta algumas dúvidas.

São também notórias as diferenças entre o crime continuado e a figura central do nosso estudo no que concerne à medida da pena. Se por um lado, no crime continuado se exige que o agente tenha, necessariamente, uma culpa diminuída, no *crime de trato sucessivo*¹⁸⁵ consideramos que a culpa terá, pelo menos, um progressivo aumento ao longo da prática dos atos, como aliás foi salientado no roteiro jurisprudencial que antecede este capítulo.

¹⁸³ Ainda que sem menção expressa ao art.º em apreço.

¹⁸⁴ Cunha, 2010, p. 325.

¹⁸⁵ Na aceção mais relevante e que mais problemas causa de “sucedâneo/escape do crime continuado”.

A culpa é, como sabemos, “limite inultrapassável de todas e quaisquer considerações preventivas”¹⁸⁶, isto é, a culpa do agente é pressuposto fundamental para aplicação da medida da pena, mas, mais do que isso, é pressuposto último e delimitador da mesma.

Para um melhor entendimento do que poderá resultar em termos de consequências jurídicas do crime, atentemos nos exemplos práticos, por nós concebidos:

Ex.1 – Da matéria factual resulta provado que o arguido A cometeu 1 crime de abuso sexual de criança¹⁸⁷ (tendo havido cópula) em data concretamente apurada.

Ex.2 – Da matéria factual resulta provado que o arguido A cometeu 3 crimes de abuso sexual de criança sobre a mesma vítima (tendo ocorrido sempre cópula), num hiato temporal de 1 mês.

Ex.3 – Da matéria factual resulta provado que o arguido A cometeu 50 crimes de abuso sexual de criança sobre a mesma vítima (tendo ocorrido sempre cópula), num hiato temporal de 1 ano.

No caso do **Ex. 1** será, em termos abstratos, relativamente fácil de determinar a medida da pena. Para tal, o aplicador de Direito deverá, em primeiro lugar, subsumir os factos a determinado tipo legal – que aqui já nos é dado a conhecer. No caso em apreço, o tipo prescreve uma moldura de pena de prisão entre os 3 e os 10 anos¹⁸⁸. Para determinar de seguida a medida da pena, deverá o julgador atentar no disposto no art.º 71º do CP, que determina como deverá ser encontrada a medida da pena, em conjugação com o art.º 40º do mesmo diploma legal, onde se encontram descritos os fins das penas¹⁸⁹. Ficcionemos, para os devidos efeitos, que o julgador, em respeito pelo preceituado nos normativos legais supramencionados, determinava uma pena de 5 anos e 6 meses de prisão.

No caso do **Ex. 2** já se afiguram maiores dificuldades. Ou consideramos que os três crimes estão em concurso efetivo e teremos que fazer operar as regras previstas no art.º 77º do CP, ou consideramos a existência de um *crime de trato sucessivo* e aí teremos, em bom rigor, um único crime, pelo que se aplicará, com algumas adaptações no que concerne à culpa do agente, o que foi dito para o Ex. 1. Na primeira hipótese, o julgador terá que alcançar uma pena única¹⁹⁰, não podendo essa pena ultrapassar o resultado do somatório das penas parcelares (e nunca os 25 anos) e tendo como limite mínimo a mais elevada das penas concretamente aplicadas. Suponhamos, para efeitos deste nosso estudo, que o julgador condenava, a título de penas parcelares, em 5 anos e 6 meses de prisão para cada um dos 3 crimes. Neste caso, o limite mínimo da pena seria de 5 anos e 6 meses e o limite máximo seria de 16 anos e 6 meses. Quedemo-nos por aqui.

Caso se considerasse estarmos perante um *crime de trato sucessivo*, o que concebemos para efeitos de mero raciocínio académico, bastaria retomar o raciocínio feito no Ex.1. Vamos assumir que, dado o entendimento de que a culpa aumenta de intensidade

¹⁸⁶ Dias, 2013, p. 230.

¹⁸⁷ P. e p. pelo art.º 171, n.º 2 do CP.

¹⁸⁸ Assim prescrito pelo tipo legal, no seu n.º 2.

¹⁸⁹ Para mais desenvolvimentos sobre a determinação concreta da pena, *vide* Dias, 2013, pp. 214 e ss., Carvalho, 2016, pp. 465 e Antunes, 2017, pp. 39 e ss.

¹⁹⁰ O sistema português é um sistema de pena conjunta, pena essa determinada em função de um princípio de cúmulo jurídico (Antunes, 2013, p. 56).

com cada ato praticado, o juiz atribuía, neste caso, uma pena de 6 anos e 6 meses. Já é possível vislumbrar que, num mesmo caso, a aplicação da figura do *crime de trato sucessivo* altera (ou pode alterar) substancialmente a medida da pena, porquanto no concurso efetivo de crimes o máximo aplicável ao caso seria 16 anos e 6 meses de prisão.

Transportamos tudo o que foi dito a propósito do Ex. 2 para concretizar o **Ex. 3**, pois, em bom rigor, a única diferença é que o limite máximo da moldura agora passa a ser 25 anos no caso de cúmulo dos crimes em concurso efetivo¹⁹¹. Se se considerar tratar-se de um único *crime de trato sucessivo*, então o limite máximo da pena será, em abstrato, uma vez mais, o estipulado no art.º 171, n.º 2 do CP: 10 anos.

Destes exemplos concluímos que da aplicação do *crime de trato sucessivo* resultam reais diferenças sancionatórias para o arguido, que, em regra, parecem favorecê-lo, sendo certo que tal favorecimento, à semelhança do que ocorre no crime continuado¹⁹², é mais notório quanto maior for a cadeia de crimes praticados.

Sucedo que, nem sempre de uma eventual aplicação da figura em estudo resulta benefício para o arguido¹⁹³, pense-se, por ex., nos casos em que da unificação dos atos num único crime resulte uma qualificação do tipo legal. Não é este, no entanto, caso único do qual resultam desvantagens sancionatórias para o arguido.

Cumpramos referir nesta sede o caso particular dos crimes tributários. Sendo-lhes aplicável o instituto do crime continuado, como ademais nos ensina Germano Marques da Silva¹⁹⁴, a verdade é que muitas vezes tal não sucede, por se considerar não se encontram reunidos os seus pressupostos¹⁹⁵. Por esta razão já fomos confrontados, no decorrer da vida prática do Direito, com situações em que o MP se socorreu da figura do *crime de trato sucessivo*, como forma de contornar a não aplicação do crime continuado (ilustrando estas nossas palavras, veja-se o anexo I).

Não olvidemos que grande parte dos tipos legais de crime tributários apresentam a particularidade de conter um limite quantitativo¹⁹⁶¹⁹⁷, fronteira “desenhada” pelo legislador para determinar onde termina o âmbito contraordenacional e onde começa o âmbito criminal¹⁹⁸.

Em face do exposto, por vezes o aplicador do Direito recorre ao *crime de trato sucessivo* de forma a unificar atos que, se individualmente considerados, se quedariam no plano contraordenacional. Perguntamo-nos, imbuídos de espanto e perplexidade, como é possível recorrer a uma figura de criação jurisprudencial, que visa contornar a vontade do legislador, de modo a tornar crime aquilo que não o era?

¹⁹¹ Por imposição legal, e como já vimos, nunca poderá ultrapassar-se a fasquia dos 25 anos, ainda que a soma das penas concretamente aplicáveis resultasse num valor muito superior.

¹⁹² Cunha, 2010, p. 365.

¹⁹³ Como, aliás, também é referido no estudo do crime continuado.

¹⁹⁴ Silva, 2018, p. 52.

¹⁹⁵ Ainda que, na opinião de Germano Marques da Silva, a jurisprudência não esteja a ser exigente quanto ao pressuposto da culpa diminuída, parecendo bastar-se com a mera repetição. Assim, e em nota de rodapé, Silva, 2018, p. 54.

¹⁹⁶ Os elementos quantitativos podem ser considerados elementos constitutivos do crime ou mera condição objetiva de punibilidade (Silva, 2018, p. 57).

¹⁹⁷ Por ex., o art.º 103, n.º 2 (Fraude fiscal) determina que só é punível a vantagem patrimonial ilegítima superior a 1500€.

¹⁹⁸ Silva, 2018, pp. 57 e ss.

b. Das consequências processuais

Chegado este momento, importa analisar quais as possíveis consequências processuais que podem resultar da aplicação da figura do *crime de trato sucessivo*. As consequências possíveis são aquelas que resultariam de qualquer figura de unificação posterior de condutas típicas, mormente as resultantes da aplicação do crime continuado.

Uma primeira consequência prende-se com a interferência no prazo de queixa¹⁹⁹, quando em causa estiverem crimes de natureza semipública ou particular. Neste particular, estabelece o art.º 115 do CP que se extingue o direito de queixa no “prazo de 6 meses a contar da data em que o titular tiver tido conhecimento do facto e dos seus autores, ou a partir da morte do ofendido, ou da data em que ele se tiver tornado incapaz”.

É fácil, portanto, perceber que em determinados casos em que o direito de queixa já se havia extinguido em relação a determinado ato típico, tal ato possa voltar a ser considerado para efeitos de queixa, se o aplicador do Direito entender que se trata de um *crime de trato sucessivo* e que, como tal, deverá ser considerado para efeitos de contagem deste prazo o último dos atos praticados na “continuação”. Esta questão assumir-se-á como benéfica para o titular do direito de queixa, mas altamente desvantajoso para o arguido.

Ainda em sede de prazos, outra consequência que alvitramos é a questão da não prescrição²⁰⁰ de determinado crime que, se singularmente considerado, haveria já prescrito.

No que ao nosso estudo importa, impõe-se uma análise do n.º 2 do art.º 119, que prevê que o prazo de prescrição corra desde o dia da prática do último ato, estando em causa crimes habituais ou continuados²⁰¹. Se se aceitar o *crime de trato sucessivo*, o que fazemos por mera hipótese, não se vislumbra outra solução prática, que não esta. Se assim for, poderão ocorrer casos em que, condutas que se encontrariam prescritas, se reconduzidas individualmente a um tipo legal, passem a integrar uma “continuação criminosa”, onde o último ato não prescreveu.

De referir ainda que o que se encontra prescrito para o crime continuado no art.º 79, n.º 2 – verdadeira exceção ao caso julgado e já de si bastante controversa – não parece poder aplicar-se ao *crime de trato sucessivo*. Alicerçamo-nos, mais uma vez, no argumento de que, ao *crime de trato sucessivo* não poderão ser aplicáveis determinadas prerrogativas legais, pensadas pelo legislador para um instituto plasmado na lei. Tal interpretação analógica seria, em nosso entender, desconforme com o espírito do sistema, porquanto configuraria nada mais do que uma forma de “contornar” a vontade do legislador²⁰².

Por fim, uma última nota para referir que a alteração posterior à acusação do MP, da qual resulte alteração do número de crimes, em virtude da unificação operada pelo

¹⁹⁹ Art.º 113 do CP.

²⁰⁰ O instituto da prescrição encontra-se consagrado no art.º 118 do CP.

²⁰¹ No mesmo sentido, mas em relação ao crime continuado *vide* Silva, 2018, p. 54.

²⁰² Perfilhando opinião semelhante, *vide* Moniz, 2018, pp. 23 e 24.

crime de trato sucessivo, configurará, à partida, alteração da qualificação jurídica não substancial.

ii. Da inadmissibilidade do crime de trato sucessivo à luz dos princípios enformadores do sistema: a nossa tese

Tendo em conta tudo o que vem sendo exposto, é chegada a altura de nos pronunciarmos quanto à (in)admissibilidade da figura do *crime de trato sucessivo*, o que fazemos, em especial, quanto à aceção segundo a qual o mesmo configura verdadeiro “subterfúgio” do crime continuado.

Sendo certo que fomos, aos poucos, “levantando o véu” daquele que é o nosso entendimento, parece ser este o momento do nosso estudo onde devemos afirmar, de forma perentória, a nossa opinião de que não será de aceitar a figura do *crime de trato sucessivo* – o que resulta desta nossa investigação –, sendo a primordial razão, a tentativa que lhe subjaz de contornar a vontade do legislador, que impôs barreiras que considerou fulcrais no momento de aplicação do crime continuado, barreiras essas que atualmente são muitas vezes “derrubadas” pelo recurso a um sucedâneo que não consta de nenhum dispositivo legal e do qual resulta, essencialmente, perda de garantias para o arguido²⁰³.

Uma nota refletiva impõe-se ainda: como sustentar a figura do *crime de trato sucessivo* quando o instituto do qual advém está ele próprio “em crise”?

Divagaremos sobre vários princípios que nos parecem intimamente conectados à figura central do nosso estudo. São eles, o princípio da legalidade, o princípio da celeridade e economia processual e o princípio *in dubio pro reo*.

O princípio da legalidade assume importância redobrada: não só constitui princípio constitucional, como também é princípio fulcral de Direito Penal e do respetivo processo, como aliás já tivemos oportunidade de referir no Capítulo II. Diz-se, por conseguinte, que o princípio da legalidade penal possui uma pluralidade de fundamentos, uns externos, relacionados com a própria conceção de Estado de Direito, e outros internos²⁰⁴. Como ex. dos primeiros temos a separação de poderes, o princípio liberal e o princípio democrático. Como ex. dos segundos, cumpre referir a prevenção geral e especial e o princípio da culpa²⁰⁵.

Neste particular, defende o Ac. do STJ n.º 657/13.2.JAPRT.P1.S1, de 20-04-16, que, ainda que se perceçione o *crime de trato sucessivo* como uma solução que permite ultrapassar dificuldades em matéria de prova, em bom rigor, tal solução não se encontra plasmada na lei, “pelo que qualquer solução que não esteja prevista não cumpre o princípio nuclear em matéria de direito penal – o princípio da legalidade”²⁰⁶. Mais uma vez, em sentido idêntico, e no que concerne aos crimes sexuais em particular, encontramos Helena Moniz ao afirmar que “[...] unificar jurisprudencialmente várias condutas inte-

²⁰³ Qualquer vantagem que possa acarretar, não parece ser suficiente para suplantarmos esta perda de garantias do arguido.

²⁰⁴ Dias, 2012, p. 179.

²⁰⁵ *Idem*, p. 180.

²⁰⁶ Ac. do STJ n.º 657/13.2.JAPRT.P1.S1, de 20-04-16.

gradadoras de tipos legais de crimes sexuais num único crime constitui uma clara violação do princípio da legalidade²⁰⁷“.

Fazemos nossas as palavras da autora *supra*. Aliás, foram vários os momentos ao longo deste nosso estudo onde ficou patente a clara violação do princípio da legalidade resultante da aplicação da figura do *crime de trato sucessivo*, quer pela génese da figura, que não concebemos aceitar em Direito Penal, quer pelas consequências, que pudemos analisar em detalhe no capítulo anterior e que, poderão, *ultima ratio*, tornar crime aquilo que não o era.

É inegável que a figura central do nosso estudo apresenta, ou parece apresentar, mecanismo ótimo para solucionar o problema da contagem do número de crimes, mas tal, em nossa opinião, só favorece a investigação, que tende a ser menos rigorosa pelo facto de se “escudar” nesta figura. No que ao arguido diz respeito, as vantagens neste campo parecem ser altamente reduzidas, não compensando, em nosso entender, as ingerências que dela resultam nas garantias do arguido. Somos, por conseguinte, forçados a analisar a questão como se de dois pratos de uma mesma balança se tratasse: por um lado, um benefício em termos de economia processual, por outro, uma perda de direitos e garantias para o arguido. Vemo-nos forçados a concluir que a balança penderá, necessariamente, para este último “prato”.

Reconhecemos real importância aos princípios da celeridade²⁰⁸ e economia processual, aliás, os mesmos estão pensados como salvaguarda dos interesses do próprio arguido²⁰⁹, contrariamente a um eventual entendimento de que tal visasse, essencialmente, a proteção da vítima²¹⁰. Pese embora se reconheça importância ao princípio da celeridade e economia processual, tal não poderá sobrepor-se às garantias de defesa do arguido²¹¹.

Resta-nos uma breve alusão ao princípio *in dubio pro reo*. Este princípio encontra consagração legal no art.º 32, n.º 2 da CRP, em especial, na sua vertente da presunção de inocência. Deste princípio “só pode decorrer que se deem como provados os factos favoráveis ao arguido [...] caso fique aquém da dúvida razoável”²¹².

Acompanhamos, uma vez mais, Helena Moniz, no seu entendimento de que “não nos podemos bastar com imputações genéricas [...] imputações genéricas e imprecisas constituem uma possível lesão do contraditório e do efetivo exercício dos direitos de defesa”²¹³. Assim, somos a concluir que deverão ser dados como provados os factos sobre os quais não restem dúvidas, devendo a acusação ser, tanto quanto possível, precisa na indicação dos factos, seu lugar e tempo da prática, sob pena de violação do princípio *in dubio pro reo* – que parece ser o que resulta, não raras vezes, da aglutinação de condutas por via do crime de trato sucessivo.

²⁰⁷ Moniz, 2018, p. 25.

²⁰⁸ Encontra consagração no art.º 32, n.º 2 da CRP e 6º da CEDH.

²⁰⁹ Silva, 2017, p. 93.

²¹⁰ Obviamente que a vítima é, também ela, fundamento deste princípio, pretendendo-se com este princípio evitar processos longos que revitimem a mesma (Silva, 2017, p. 94).

²¹¹ Assim, Germano Marques da Silva, no seu ensinamento segundo o qual “A celeridade é um valor constitucional, mas só enquanto compatível com as garantias de defesa” (Silva, 2017, p. 94).

²¹² Antunes, 2018, p. 180.

²¹³ Moniz, 2018, p. 23.

Como pudemos constatar, esta harmonização de princípios nem sempre é fácil, porquanto os princípios “nem sempre formam um sistema lógico coerente, antes frequentemente concorrem uns com os outros, limitando-se reciprocamente”²¹⁴. Contudo, chegada a hora de decidir qual dos princípios deverá prevalecer, somos a concluir pela opção que ofereça mais garantias ao arguido.

Concluimos, pelo exposto, pela inadmissibilidade da figura do crime de trato sucessivo, mormente, na sua aceção de “fórmula de escape” ao crime continuado, o que fazemos com base nas seguintes considerações: a figura é *contra reum e contra legem*, violando princípios fundamentais do Direito Penal e as mais elementares garantias de defesa do arguido – e, assim, contra todo o espírito do sistema.

Ademais, ao exploramos as consequências sancionatórias, ficou claro que do recurso à figura do crime de trato sucessivo podem resultar verdadeiras injustiças (em sentido relativo) – isto é, e melhor concretizando: um condenado que apenas pratique um único crime ficará sujeito à mesma moldura que um condenado que pratique uma série de atos típicos, posteriormente unificados pela figura do *crime de trato sucessivo*. Ora, ainda que tenhamos constatado que, por vezes, tal processo de “aglutinação” se revela benéfico para o arguido, tal não poderá justificar o desprezo pelo mais elementar sentido de justiça (nomeadamente, de justiça relativa), fim último do Direito.

VI. Conclusão

Alcançado o final desta jornada, estamos em crer ter cumprido os objetivos a que nos propusemos no início da mesma.

Tentámos, com esta nossa investigação, abarcar o maior número de temáticas correlacionadas com a figura central em estudo, não obstante ter-se verificado a dificuldade que adivinhámos logo no início: a escassez de bibliografia sobre o tema em concreto.

Outra dificuldade com que nos defrontámos foi a de delimitação do objeto de estudo e escolha dos temas a tratar, em virtude da limitação de caracteres e da própria natureza da dissertação de mestrado. Tentámos, por conseguinte, densificar mais as temáticas que considerámos mais impactantes no estudo do crime de trato sucessivo, pecando, talvez por defeito, nas que, em nosso entender, se revelavam menos importantes para o estudo da figura em apreço. Ainda assim, julgamos ter alcançado um bom equilíbrio.

Concluimos, através do estudo jurisprudencial, pela existência não de uma, mas de duas aceções de crime de trato sucessivo: uma primeira resultante apenas de uma confusão terminológica (em especial, com o crime de empreendimento), uma segunda, que configura, em nosso entender, verdadeiro escape para contornar a vontade do legislador, *maxime* como forma de ultrapassar os requisitos impostos para o crime continuado.

Assim, constatámos que, nesta segunda aceção, determinada jurisprudência “escolheu à la carte” as componentes do instituto do crime continuado que lhe convinham, deixando para trás os requisitos que, ora não interessavam, ora não se encontravam preenchidos.

²¹⁴ Silva, 2017, p. 45.

Foi esta aceção de crime de trato sucessivo enquanto “sucedâneo do crime continuado” que maior repulsa nos causou enquanto juristas. Dito isto, não aceitamos a génese da figura, o modo como é aplicada (quando o é), nem as consequências que daí poderão resultar, e que tivemos oportunidade de explorar.

Pensamos que as vantagens no âmbito da celeridade processual não podem justificar a criação desta figura, tendo em conta todas as desvantagens e “atropelos” aos princípios jurídicos que tal criação implica.

Consideramos a figura alvo do nosso estudo inadmissível, ainda que não nos choque o seu uso no crime de tráfico de estupefacientes, na medida em que se verificou estar em causa uma simples confusão terminológica, designadamente entre crime de trato sucessivo, crime habitual, crime exaurido e crime de empreendimento.

Esta inadmissibilidade resulta da perda de garantias para o arguido e da violação de princípios enformadores do sistema. Como tivemos oportunidade de referir, a figura é *contra reum* e *contra legem*, resultando da sua aplicação verdadeiras situações de injustiça – o que, se não é admissível nos restantes ramos de direito, torna-se inconcebível no âmbito do Direito e Processo Penais: ramos do Direito que deverão ser garantísticos por excelência.

Por fim, uma última nota para reiterar que, em nossa opinião, nenhum benefício, ainda que o haja (celeridade processual, colmatação de dificuldades próprias da investigação, etc.), será suficiente para derrubar os mais elementares pilares do Direito Penal.

E foi isso que aconteceu com a criação da figura do crime de trato sucessivo, um derrubar de pilares fundamentais do nosso ordenamento, mormente as garantias de defesa do arguido e o princípio da legalidade – situação que, felizmente, vem sendo sanada pela jurisprudência mais recente do STJ.

Referências bibliográficas

- ANTUNES, M.J. (2013). *Consequências jurídicas do crime*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ANTUNES, M.J. (2018). *Direito processual penal*, 2.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- ANTUNES, M.J. (2017). *Penas e medidas de segurança*. Coimbra: Almedina.
- BUSTAMANTE, T.R. (2013). O direito e a incerteza das suas fontes: um problema em aberto para a dogmática jurídica contemporânea. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, n.º especial, pp. 299-325.
- CALHEIROS, M.C & FARIA, S.M. (2013). *Cadernos de introdução ao estudo do direito*. Braga: AEDUM.
- CARVALHO, A.T. (2016). *Direito penal parte geral – Questões fundamentais, teoria geral do crime*, 3.^a Edição. Porto: Universidade Católica Editora.
- CORREIA, E. (2008). *Direito criminal*. Vol. I. Reimpressão. Coimbra: Almedina.
- CORREIA, E.H.S. (1996). *A teoria do concurso em direito criminal – I A unidade e pluralidade de infracções, II Caso julgado e poderes de cognição do juiz*. Coimbra: Livraria Almedina.
- CUNHA, M.C.F. (2016). *Do dissentimento à falta de capacidade para consentir. Combate à violência de género. Da convenção de Istambul à nova legislação penal*. Porto: Universidade Católica Editora.
- CUNHA, M.C.F. (2010). Questões actuais em torno de uma “vexata quaestio”: O crime continuado. In Andrade, M.C., Antunes, M.J. & Sousa, S.A. (coord.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Vol II. Coimbra: Coimbra Editora.
- CUNHA, P.F. (1993). *Princípios de direito*. Reimpressão. Porto: Resjuridica.
- DIAS, J.F. (2012). *Direito penal – Parte geral*. Tomo I, 2.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, J.F. (2013). *Direito penal português – As consequências jurídicas do crime*. Coimbra: Coimbra Editora.
- FARIA, M.P.R. (2017). *Formas especiais do crime*. Porto: Universidade Católica Editora.
- FERREIRA, J.A.G., PEREIRA, A.G. & FALCÃO, D. (2018). *Introdução ao direito*. S.l.: Almedina.
- GARCIA, M.M. (2012). *O risco de comer uma sopa e outros casos de direito penal. I – Elementos da parte geral*, 2.^a Edição. S. l.: Almedina.
- JUSTO, A.S. (2012). *Introdução ao estudo do direito*, 6.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- MACHADO, J.P. (2012). *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 20.^a reimpressão. Porto: Almedina.
- MONIZ, H. (2018). “Crime de trato sucessivo” (?). *Julgar*, abril de 2018.
- NEVES, A.C. (2010). *Digesta – Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora.
- SILVA, G.M. (2015). *Direito penal português – Teoria geral do crime*, 2.^a Edição. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- SILVA, G.M. (2018). *Direito penal tributário*, 2.^a Edição revista e ampliada. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- SILVA, G.M. (2017). *Direito processual penal português: Noções e princípios gerais. Sujeitos processuais. Responsabilidade civil conexas com a criminal. Objeto do processo*, 2.^a Edição. Lisboa: Universidade Católica Editora.

SOUSA, D.P. (2017). *Introdução ao direito*. Lisboa: Quid Juris.

SOUSA, M.R. & GALVÃO, S. (2000). *Introdução ao estudo do direito*, 5.^a Edição. Lisboa: Lex.

TELLES, I.G. (2010). *Introdução ao estudo do direito*. Vol. II, 10.^a Edição refundida e atualizada. S.l.: Coimbra Editora.

VALDÁGUA, M.C. (2006). As alterações ao Código Penal de 1995, relativas ao crime continuado, propostas de revisão do Código Penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 4.

VALENTE, M.G.M. (2016). *Consumo de drogas*, 5.^a Edição revista e atualizada. S.l.: Almedina.

Resenha jurisprudencial

Ac. do STJ, proc. n.º 42290, de 05-05-1993. Relator: Fisher Sá Nogueira

Ac. do STJ, proc. n.º 046430, de 22-03-1995. Relator: Amado Gomes

Ac. do STJ, proc. n.º 862/11.6TAPFR.S1, de 29-11-2012. Relator: Santos Carvalho

Ac. do STJ, proc. n.º 45/13.0JASTB.L1.S1, de 22-04-2015. Relator: Sousa Fonte

Ac. do STJ, proc. n.º 414/12.3TAMXN.S1, de 14-01-2016. Relator: Manuel A. Matos

Ac. do STJ, proc. n.º 657/13.2JAPRT.P1.S1, de 20-04-2016. Relatora: Helena Moniz

Ac. do TRC, proc. n.º 1101/09.SJACBR-A.C1, de 07-06-16. Relator: Luís Ramos

Ac. do TRE, proc. n.º 72/15.3JASTB.E1, de 16-03-17. Relator: António Condesso

A importância da reparação do dano para o Direito Penal

Nídia de Jesus Andrade Moreira

Sob a Orientação do
Professor Doutor Pedro Miguel Freitas

“O que de mais apaixonante para mim existe na doutrina penalista é justamente a sensação, ilusória que seja, que dá a quem a trabalha de participar de algum modo na tarefa sisífrica de sondar a condição humana.”

Jorge de Figueiredo Dias

Agradecimentos

Ao Professor Doutor Pedro Miguel Freitas, pela sua disponibilidade e pelo saber que me transmitiu ao longo da presente dissertação.

A todos os docentes desta nobre instituição, que tanto contribuíram para o meu gosto por esta ciência.

Aos meus pais, irmã e irmão, pelo apoio incondicional.

Aos meus amigos, pelo companheirismo.

Em especial ao meu padrinho, sem o qual nada disto seria possível.

Resumo

Numa altura em que há uma preocupação crescente com a vítima, a reparação do dano decorrente da conduta criminosa surge no discurso penal como uma forma de acautelar os seus interesses. Deste modo, é relevante analisar a reparação quer na perspetiva contemplada na lei, quer na perspetiva do direito a constituir.

Após compreendermos os passos que foram dados pelo legislador e as construções teóricas da doutrina - nacional e internacional - que defende a inclusão da reparação como meio de cumprimento das finalidades penais, reconhecemos que, por vezes, o direito penal olha para a vítima potencial, descurando a vítima concretamente afetada, pelo que a proteção da mesma levará a admitir a reparação jurídico penal como reação substitutiva ou alternativa às consequências jurídicas do crime. Trata-se, assim, de uma responsabilidade que vai além da mera ligação da responsabilidade penal e da responsabilidade civil, olhando para o futuro (vertente preventiva), sem descurar os atos passados (vertente restaurativa).

Palavras chave: Reparação; soluções restaurativas; vítima; autor do crime; finalidades preventivas; direito penal; direito civil; reação criminal.

Abstract

In a time characterised by an increasing concern towards the victim, the reparation of damages resulting from criminal conducts arises in criminal discourse as a way of protecting victims' interests. Therefore, it is important to analyse reparation in the perspective of both present and future law.

Analysing both the steps taken by the legislator and the theoretical constructions of the doctrine – both national and international –, which advocate the inclusion of reparation as a means of criminal reaction, it becomes clear that, sometimes, criminal law looks at potential victims, while neglecting real ones. The protection of the latter will therefore lead to admitting reparations as an alternative response to the legal consequences of crime. This is a responsibility that goes beyond the mere linking of both civil and criminal responsibility which implies looking to the future (preventive strand), yet with due consideration of past acts (restorative strand).

Keywords: Reparation; restorative solutions; victim; offender; preventive purposes; criminal law; civil law; criminal reaction.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	Acórdão
Al.	Alínea
Art.	Artigo
CC	Código Civil
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
i.e.	isto é
Ibid.	ibidem
MP	Ministério Público
ob. cit.	obra citada
p.	página
pp.	páginas
ss.	seguintes
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal Alemão)
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora
v.g.	<i>verbi gratia</i> (por exemplo)

Índice

Introdução	7
Capítulo I. A inclusão da reparação no sistema penal: uma questão político criminal	7
1. A reparação no Código Penal Português	8
1.1. A reparação no âmbito das penas de substituição	8
1.2. O reflexo da reparação na determinação da medida da pena: a atenuação geral ou especial da pena	8
1.3. A dispensa de pena	9
1.4. A particularidade da reparação nos crimes contra o património	9
1.5. A reparação enquanto indemnização civil desencadeada pelo ato criminoso	10
2. A reparação como meio de cumprimento das finalidades do Direito Penal	10
Capítulo II. A reparação como um <i>tertium genus</i>	12
1. As funções próprias do direito civil e do direito penal: a atenuação da distinção tradicional	13
2. A reparação penal: modelos doutrinários	14
2.1. Modelo minimalista: a determinação da medida da pena como questão central	14
2.2. Modelo autonomista	15
2.2.1. A reparação como “terceira via”	16
2.2.2. A reparação como verdadeira pena	19
3. Notas de Justiça Restaurativa no modelo autonomista: a essência do processo ou a relevância do resultado	21
4. Considerações sobre os modelos de reparação penal	22
5. Conclusões	25
Capítulo III. A positivação de um sistema de justiça criminal restaurador	26
1. A consideração da vítima no plano do bem jurídico	26
2. A integração de elementos restaurativos na justiça criminal	27
3. Entre o consenso e a coerção	27
a. Um mecanismo primacialmente consensual: um outro tipo de mediação	27
b. Soluções coercivas	29
4. Um mecanismo materialmente penal	29
5. A dimensão individual dos tipos legais de crime	30
6. As garantias das partes envolvidas e os princípios jurídico constitucionais	30
Conclusão	31
Referências bibliográficas	33

Introdução

A política criminal tem vindo a discutir a relação entre o autor do crime e a vítima, propondo uma aproximação dos intervenientes da ação penal. Se anteriormente o direito penal se focava na ressocialização do autor, atualmente, também atende às necessidades da vítima, melhorando a proteção da mesma, nomeadamente, através da reparação dos interesses lesados com a conduta criminosa. Deste modo, a reparação aparece hoje no centro da discussão político criminal, pretendendo o presente estudo analisar de que forma é que a mesma foi acolhida pelo ordenamento jurídico português e que outras soluções poderiam ser adotadas.

No primeiro capítulo iremos analisar a reparação do dano tal como está contemplada na lei, mais concretamente no Código Penal, de modo a compreender uma noção que parece ser alheia ao direito penal e a relevância que lhe foi atribuída pelo legislador. Seguidamente, propomo-nos a analisar as opções político criminais ignoradas pelo legislador, expondo de que modo é que a doutrina olha para a integração da reparação como um *tertium genus* no seio da dogmática penal.

Por fim, analisaremos de que modo é possível pensar na estatuição de um sistema jurídico penal restaurador, que atenda aos interesses da vítima afetados com a conduta criminosa, sem descurar os direitos, liberdades e garantias do autor e as expectativas da comunidade. A questão central reside em saber se a reparação, enquanto um mecanismo penal, pode atingir os fins das consequências jurídicas do crime e sob que pressupostos é que pode ser admitida.

Posto isto, é preciso ter consciência de que a inclusão da reparação penal poderá passar por uma primeira aceitação dogmática, razão pela qual nos propomos a compreender o significado que a mesma pode ter no seio da doutrina penal, para só posteriormente se pensar nas repercussões práticas. Notamos que a reparação tem diversas manifestações no Direito Penal português, que se revelam adequadas à proteção dos bens jurídicos com dignidade penal. Contudo, cumpre-nos analisar se de *iure constituendo* poderíamos ir mais longe, alargando-se o regime da reparação a outros âmbitos, aparecendo a reparação como uma alternativa ou complemento às reações criminais tradicionais. Para tal, será necessário extravasar as funções tradicionalmente atribuídas ao direito civil e ao direito penal, pelo que se exige um debate interdisciplinar sobre o tema, cabendo-nos analisar no presente estudo a perspetiva do direito penal.

Capítulo I. A inclusão da reparação no sistema penal: uma questão político criminal

Reparar, do latim *reparo*, consubstancia o ato ou efeito de restaurar o que foi danificado, de retratar o que foi feito. Tal ação pode ter relevância no âmbito do sistema penal, pelo que a política criminal – nacional e internacional – tem-lhe dedicado a sua atenção, discutindo a sua integração nos ordenamentos jurídico penais. Note-se que a forma como este pensamento se revela na lei de cada país reflete as opções político criminais e o modo como cada ordenamento jurídico estrutura o seu Direito Penal.

1. A reparação no Código Penal Português

Ao longo do Código Penal, podemos comprovar que há disposições legais dispersas que apelam a uma ideia de reparação. Esta surge no âmbito das penas de substituição, na determinação da medida da pena, permitindo ainda uma atenuação especial ou até a dispensa da mesma. No caso de crimes contra o património pode mesmo constituir uma causa de extinção da responsabilidade. Cumpre-nos analisar tais disposições de forma a compreender o sentido e a relevância que a reparação assume neste domínio.¹

1.1. A reparação no âmbito das penas de substituição

A suspensão da execução da pena de prisão com deveres (art. 51.º CP), uma das modalidades da suspensão² (art. 50.º CP), pode ser condicionada, por determinação do juiz, a uma das formas de reparação previstas nas alíneas do n.º 1 do art. 51.º CP³. Trata-se, portanto, de uma reparação *lato sensu* que, apesar de em regra visar deveres de natureza económica, não se confunde com a indemnização civil, embora a possa visar.⁴ Assim, esta pode bastar-se com uma satisfação de ordem moral ou exigir uma reparação de ordem material, devendo analisar-se a adequação, suficiência e razoabilidade do dever. Neste instituto a reparação assume relevância não só para repor a situação da vítima, mas também como forma de censurar o facto, revelando-se suficiente para cumprir as necessidades preventivas da pena.

No que respeita à admoestação – pena de substituição da pena de multa não superior a 240 dias – a reparação do dano constitui *conditio sine qua non* (art. 60.º, n.º 2 CP). Contudo, o legislador vai mais longe e diz-nos que o julgador tem de considerar que através da reparação se realizam as finalidades da punição, pelo que a mera reparação não indica por si só que as necessidades da pena estão cumpridas, sendo necessária uma análise casuística. A aplicação desta medida baseia-se num critério exclusivamente preventivo⁵, i.e., num critério que tem apenas em atenção as finalidades preventivas da pena.

1.2. O reflexo da reparação na determinação da medida da pena: a atenuação geral ou especial da pena

Após a escolha da pena a aplicar ao crime nos termos do art. 70.º CP, cumpre ao juiz a determinação concreta da medida da pena em função da culpa do agente e das

¹ A análise sobre a relevância da reparação para o Direito Penal é, no que respeita a este ponto, meramente exemplificativa. Não esquecendo que o CPP e demais leis extravagantes também fazem referência à reparação, vamos apenas focar-nos na análise do CP.

² A suspensão da execução da pena de prisão, prevista no art. 50.º CP, visa situações em que a pena concreta de prisão não é superior a 5 anos e não se verificam razões de prevenção para a aplicação efetiva da pena, sendo suficiente e adequada a mera censura do facto e ameaça de prisão. Esta pode ter vários regimes, nomeadamente simples, subordinada a deveres, subordinada a regras de conduta, subordinada a deveres e regras de conduta ou com regime de prova.

³ Os deveres são exemplificativos pelo que o juiz pode determinar uma outra forma de reparação além das contempladas nas alíneas. Note-se que tais deveres são encargo do condenado, pois de outro modo não se cumpriria a *ratio* de tal instituto. Acrescente-se que, também no caso da suspensão simples (art. 50.º CP), a reparação pode influir no juízo decisório por demonstrar que tal facto diminui as necessidades preventivas da pena.

⁴ Para uma melhor compreensão veja-se Albuquerque, 2015, pp. 308-309.

⁵ *Ibid.*, p. 326.

exigências de prevenção (art. 71.º, n.º 1 CP). Também neste âmbito a reparação por via material ou moral pode ser relevante, condicionando a medida da pena (art. 71.º, n.º 2, al. e))⁶, se as necessidades de prevenção o justificarem.

A reparação surge ainda no elenco exemplificativo das circunstâncias atenuantes especiais da pena previstas no art.º 72.º, n.º 2 CP, mais concretamente na sua al. c).⁷ O facto de haver a reparação do dano não releva por si só e não obriga o juiz a atenuar, pelo que o juiz é apenas obrigado a ponderar a atenuação, no âmbito do seu poder-dever, contudo, tal apenas se verifica se este considerar que há uma diminuição significativa da necessidade da pena.⁸ Deste modo, a reparação enquanto manifestação de arrependimento, pode relevar desde que haja uma diminuição acentuada da necessidade de pena e das exigências de prevenção, caso contrário, relevará apenas, e se for o caso, por maioria de razão, como atenuação geral (art. 71.º).

1.3. A dispensa de pena

A dispensa de pena verifica-se nas situações em que apesar de haver uma sentença de condenação, não se justifica a aplicação de uma sanção penal.⁹ O art. 74.º, n.º 1 estabelece as condições para a aplicação do instituto, surgindo a reparação do dano como uma *conditio sine qua non* (al. b).¹⁰ A reparação surge, assim, como forma de tornar a pena desnecessária, uma vez que através dela se podem, desde logo, satisfazer as necessidades de prevenção, tornando-se de tal modo relevante que, no caso desta não ter ocorrido à data do julgamento, a decisão pode ser adiada (art. 74.º, n.º 2).¹¹

1.4. A particularidade da reparação nos crimes contra o património

No âmbito dos crimes contra o património, o art. 206º prevê situações em que há um estímulo à reparação. Essas situações visam apenas os crimes expressamente previs-

⁶ O n.º 2 do art. 71.º estatui um elenco exemplificativo de fatores a ter em consideração nessa determinação, nos quais se inclui a conduta posterior ao facto criminoso, especialmente a que visa reparar as consequências do crime. Tal como Albuquerque, 2015, pp. 362-364, consideramos que tal releva apenas a nível da prevenção e não ao nível da culpa, já que a última diz respeito ao momento da prática do facto .

⁷ Há casos em que a atenuação da pena está expressamente prevista nos tipos legais. Pense-se no art. 368.º-A CP, que no seu n.º7 prevê uma situação em que a atenuação especial da pena é obrigatória. Para tal, é necessário que haja a reparação integral do dano causado até ao início da audiência de julgamento, sem que haja dano ilegítimo de terceiro. O legislador partiu do princípio que com tal reparação cessam as necessidades de prevenção . No n.º 8 do artigo tal atenuação é apenas facultativa uma vez que a reparação é parcial.

⁸ Nesse sentido, Garcia & Rio, 2014, pp. 374-377. Em sentido contrário, considerando que o cumprimento espontâneo da reparação constitui causa de atenuação obrigatória da pena veja-se Carvalho, 2011, p. 114.

⁹ Nesse sentido, veja-se a teoria da conceção unilateral da culpa: toda a pena implica culpa, mas nem sempre a culpa implica pena.

¹⁰ Note-se que há casos especialmente previstos de dispensa de pena, mas que passam sempre pelo crivo do art. 74.º CP.

¹¹ Albuquerque, 2015, p. 370, diz-nos que tal reparação “tem de ser por inteiro, quer por reposição em espécie, quer por satisfação em equivalente”. Por sua vez, o Ac. do TRE de 06-06-2013, Processo 273/14.1.PB-FAR.E1, Relatora Ana Barata Brito, disponível em www.dgsi.pt, diz-nos, a propósito do crime de ofensa à integridade física simples, que a reparação pode ser feita por compensação, sendo que a mesma é independente da indemnização civil.

tos no art. 206.^{o12} ou para o qual remete o respetivo tipo legal¹³. No n.º 1 estamos perante situações em que a responsabilidade penal é extinta por se considerar que o interesse do ofendido foi satisfeito¹⁴, tal como as necessidades de prevenção. Por sua vez, os n.º 2 e n.º 3 preveem apenas uma atenuação especial da pena – este aspeto relaciona-se com o ponto 1.2. *supra*. No n.º 3 a atenuação é facultativa por visar apenas uma reparação parcial¹⁵, enquanto no n.º 2 tal atenuação é obrigatória, mas implica a reparação integral dos danos, o que inclui quer os danos patrimoniais, quer os não patrimoniais e ainda os lucros cessantes¹⁶.

1.5. A reparação enquanto indemnização civil desencadeada pelo ato criminoso

A reparação prevista no art. 129.^o do CP, constitui uma reparação *stricto sensu*, i.e., uma reparação que visa reparar os danos civis emergentes do crime. Por força do princípio da adesão, tal indemnização será, em regra, arbitrada em processo penal, segundo critérios exclusivamente civis¹⁷, tratando-se, assim, de um verdadeiro efeito civil da ação penal.¹⁸

2. A reparação como meio de cumprimento das finalidades do Direito Penal

Os casos analisados têm um denominador comum: a função preventiva da pena.¹⁹ A prevenção, quer na vertente geral, quer na especial, desempenha o fundamento legitimador da pena²⁰, tendo um papel essencial na determinação da pena concreta a aplicar,

¹² Note-se que a reparação referida no artigo não implica ou significa uma demonstração de arrependimento, distinguindo-se, por isso, da reparação prevista no artigo 72.^o, n.º 2, al. c) CP.

¹³ Devem ter-se em atenção outros artigos que não serão objeto da nossa análise, tais como os artigos 204.^o, 205.^o, 209.^o, n.º 3, 212.^o, n.º 4, 213.^o, n.º 3 e 4, 216.^o, n.º 3, 217.^o, n.º 4, 218.^o, n.º 4, 219.^o, n.º 5, 220.^o, n.º 3, 221.^o, n.º 6, 222.^o, n.º 3, 224.^o, n.º 4, 225.^o, n.º 6 e 231.^o, n.º 3, al. a), que visam o artigo 206.^o.

¹⁴ É necessário acordo entre ofendido e arguido, pelo que o ofendido tem de concordar com a extinção da responsabilidade.

¹⁵ Carvalho, 2011, pp 114-115, considera que se a reparação integral não for possível por impossibilidade do infrator, deverá existir uma atenuação especial da pena.

¹⁶ Garcia, 2014, pp. 867-868 e Albuquerque, 2015, p. 816.

¹⁷ Até ao CP de 1982, discutia-se se a reparação constituía um efeito da condenação. A questão não era líquida para a doutrina, embora a maioria considerasse tratar-se de uma indemnização civil. Por oposição, Dias, 1966, pp. 87 e ss., considerava que se tratava de um efeito penal da condenação que não tinha necessariamente de coincidir com a indemnização civil, pelo que o juiz fixaria uma indemnização sem, ou até contra a parte lesada, sempre que a sentença fosse condenatória, indemnização essa que se determinava de acordo com os critérios de determinação da medida da pena.

Em Dias, 1993, p. 78, o autor considera que a reparação enquanto efeito penal da condenação é capaz de cumprir as finalidades próprias das reações criminais, lamentando que a opção tenha sido abandonada pelo legislador, sobretudo, numa altura em que a doutrina, nomeadamente, a alemã começou a estudar a qualificação da reparação como um mecanismo penal.

¹⁸ A indemnização nunca perde a sua natureza exclusivamente civil, tendo, por isso, de ser requerida pelo lesado, acabando por ser uma questão processual já que há a junção de uma pretensão civil no âmbito de uma ação penal.

¹⁹ Deste modo, o juízo de prognose feito para analisar os intitos mencionados deve reportar-se ao momento do julgamento, uma vez que é nesse momento que se analisam as necessidades preventivas, por oposição à culpa contemporânea do momento da prática do facto. Nesse sentido, Albuquerque, 2015, p. 360.

²⁰ Nesse sentido, veja-se a perspetiva de Dias, 2007, pp. 43 e ss., que considera que as finalidades da pena têm uma natureza unicamente preventiva. Veja-se ainda a conceção preventivo-ética da pena defendida por Carvalho, 2011, pp. 60 e ss.

pelo que se a reparação demonstrar que tais necessidades preventivas se revelam inferiores, tal deve ser tido em consideração aquando da reação criminal.

Nesse sentido notamos que “tendo a pena uma função-meio de prevenir a prática de crimes, ela há-de atender ao presente com os olhos no futuro”²¹. Deste modo, o julgador além de não poder esquecer as finalidades preventivas tidas em consideração pelo legislador aquando da feitura da lei, deve ir mais longe e concretizar tais finalidades na determinação da respetiva pena a aplicar. As necessidades preventivas devem analisar-se perante a situação concreta, reportando-se a análise ao momento do julgamento e não ao momento da prática do facto, podendo, por isso, atribuir-se relevância aos atos posteriores à prática do crime que podem interferir com a necessidade preventiva e, conseqüente, determinação da pena.

No âmbito da ressocialização do agente do crime, a reparação surge como um meio alternativo para potenciar atitudes sociais positivas. Reconhecemos que nem sempre se revela fácil ou adequado ressocializar o agente num estabelecimento prisional, mediante a aplicação de uma pena de prisão, pelo que devemos olhar para a atitude do agente e, se o mesmo se esforça para reparar o dano, visando ainda que indiretamente uma reconciliação com a vítima, será de admitir a possibilidade de se tornar desnecessária a aplicação de uma pena ou, pelo menos, de uma pena privativa de liberdade já que as necessidades de ressocialização não se revelam tão prementes.

A ressocialização é uma tarefa indispensável, contudo, revela-se difícil, pelo que devemos estudar e optar pelo melhor método que, em certos casos, pode ser este. Nos casos em que a reparação implica a dispensa de pena ou até extinção da responsabilidade criminal, como vimos anteriormente, os efeitos estigmatizantes da pena nem se chegam a verificar, sendo benéfico para o agressor que ao mesmo tempo que se ressocializa por esta via, não vê as suas relações pessoais e profissionais afetadas.

Através de uma compensação, a vítima poderá ver a sua situação restabelecida, o que aliado a uma atitude do agente do crime poderá ter consequências práticas. Tal reparação pode revelar que o agente do crime não mantém uma postura de contrariedade à ordem jurídica ou de indiferença perante os bens jurídico penais. É certo que tal releva para apurar a culpa no momento da prática do facto; contudo, não podemos ficar indiferentes ao esforço reparador do agente do crime, que compreende o seu erro e tenta compensá-lo, interferindo com as necessidades de prevenção positiva. Ao lidar diretamente com o dano causado, o agente poderá interiorizar a sua atitude criminosa, confrontando-se com os efeitos da sua ação.

A reparação aparece como uma opção político criminal dadas as vantagens observadas. Além de estarem cumpridos os fins da pena, a vítima e o autor acabam por beneficiar com tal opção. Por um lado, a vítima é compensada, sem ter de se esforçar para tal, deixando de ter de intentar uma ação civil (ou invocar o princípio da adesão da ação civil à penal), já que a sua reivindicação está satisfeita. Assim, em nada o direito da vítima é prejudicado, antes pelo contrário. Roxin lembra ainda que a reparação ao invés da aplicação de uma pena de prisão ou multa, pode revelar-se vantajosa, até porque a pena pode

²¹ Carvalho, 2011, p. 63.

tornar-se prejudicial à vítima.²² Nos casos em que o arguido acaba por ir para um estabelecimento prisional, deixará de ter rendimentos, o que poderá ser desvantajoso para a vítima, do mesmo modo que o pagamento de uma multa acaba por reduzir a capacidade para pagar à vítima. Estes interesses acabam por convergir com os do agressor que pretende ver a sua pena atenuada ou suspensa, já que tal lhe será benéfico. Assim sendo, a questão civil dá-se por resolvida, tendo sido os direitos acautelados.

Destaca-se ainda o cumprimento da prevenção geral positiva, já que por esta via se pode transmitir confiança à sociedade no sistema penal. A concreta compensação pode levar a que a paz jurídica seja restabelecida se a comunidade considerar que, perante aquele delito, basta o acordo entre vítima e autor, o que poderá acontecer em delitos considerados menos graves. Assim, torna-se essencial olhar para os crimes em questão. Se, *v.g.*, nos casos de crimes de homicídio ou de ofensa à integridade física grave se revela difícil considerar que a reparação atenua a pena, até porque há uma lesão que irá permanecer, tal já será mais fácil num crime de furto de valor diminuto em que tendemos a considerar que a compensação se revela suficiente, sendo por isso, no mais das vezes, desnecessária a aplicação de uma pena.

Olhando para o CP, somos forçados a concluir que a reparação, como ato posterior à prática do crime, surge como forma de afastar as necessidades preventivas da pena, o que aliado ao princípio da intervenção mínima do direito penal e a razões político criminais, pode levar a que no extremo se exclua a responsabilidade penal, como se verifica nos casos do art. 206.º, n.º 1 CP. Deste modo, em certos casos a reparação permite que a relação bilateral Estado-agente do crime, passe a ser triangular, incluindo assim a vítima, o que poderá ser benéfico em termos de restabelecimento da paz jurídica que foi perturbada pelo crime. Falamos da reparação num sentido amplo uma vez que certos atos reparatórios podem influenciar, como vimos, diversos institutos de diferentes formas, não se reconduzindo tal reparação à mera indemnização civil consagrada no art. 129.º CP.

Capítulo II. A reparação como um *tertium genus*

A reparação constitui uma consequência jurídico civil, contudo o direito penal optou por granjear a mesma, atribuindo-lhe relevância jurídico penal. Esta é uma opção político criminal do legislador, que se relaciona com os fins da pena, constituindo, ainda, uma forma de proteção dos interesses da vítima lesada.²³ Alternativamente, o legislador poderia ter considerado a reparação do dano como uma consequência jurídica do crime autónoma, i.e., como terceira espécie de sanção criminal ao lado das penas e medidas de segurança ou como uma pena principal, mas optou por não o fazer. É precisamente a solução ignorada pelo legislador que se pretende analisar no presente capítulo de forma a compreender se tais opções poderiam cumprir de forma (mais) adequada as exigências de defesa do ordenamento jurídico.

²² Roxin, 2002, pp. 8 e ss.

²³ Carvalho, 2011, pp. 102 e ss.

1. As funções próprias do direito civil e do direito penal: a atenuação da distinção tradicional

O direito penal e o direito civil assumem funções distintas. Desde logo, o desvalor da conduta e o desvalor do resultado têm diferentes graus de relevância, razão pela qual a indemnização civil tem uma lógica indemnizatória, enquanto a reação criminal tem uma lógica preventiva. O direito penal nunca prescinde do desvalor da conduta, embora não lhe seja (totalmente) alheio o resultado. Por outro lado, o direito civil atribui relevância ao dano, havendo situações em que se verifica a imposição de uma indemnização, sem que haja qualquer culpa do lesante, como demonstra a responsabilidade pelo risco. Deste modo, tradicionalmente, a indemnização é vista como uma forma de reação e proteção do interesse dos particulares, tendo por medida o dano. Por sua vez, a pena constitui uma forma de proteção de bens jurídicos, tendo em atenção interesses fundamentais da coletividade, que embora possam ser titulados individualmente, são protegidos na sua dimensão supra individual.²⁴ Contudo, nem sempre as coisas funcionam no seu estado puro, nem para um lado, nem para o outro, razão pela qual esta distinção se tem vindo a atenuar.

Ao olharmos para o nosso ordenamento jurídico, constatamos que o direito penal tem chamado a si funções reparatórias que não lhe estão tradicionalmente atribuídas, enquanto o direito civil começa a ter em atenção funções preventivas e sancionatórias, ocupando-se de interesses sociais afetados com o dano.²⁵ Nesta lógica, para quem aceite que há uma perda da distinção rigorosa entre os dois ramos do direito, é possível discutir a admissão de um mecanismo reparatório misto, que transcenda a *ratio* do direito civil e direito penal considerados isoladamente.²⁶

Caso se perca a referida distinção, Maria Paula Ribeiro de Faria considera que tal deve ser feito a favor do direito penal. Inclina-mo-nos para o mesmo entendimento já que as garantias do direito penal permitem abranger os direitos individuais, mas o contrário já não será possível, uma vez que o direito civil é alheio a uma proteção de caráter social e não garante todas as exigências legais e constitucionais consagradas para a aplicação de uma pena.²⁷

²⁴ Ao longo dos tempos o sistema estadual foi evoluindo no sentido de considerar que se deve distinguir a ofensa social à comunidade, da ofensa individual, originando-se, assim, ramos do direito distintos com funções próprias.

²⁵ É inegável a aproximação entre o direito penal e civil. No âmbito do direito civil, *v.g.*, no artigo 494.º CC verificamos que a indemnização pode ficar abaixo do dano uma vez que o desvalor da conduta é menor numa situação de negligência. Isto revela um afastamento da lógica indemnizatória pura, constituindo um desvio em relação ao papel fundamental do dano no âmbito do direito civil.

²⁶ À primeira vista é difícil compreender a inclusão da reparação no seio do direito penal dada a separação dogmática entre o direito civil e penal, contudo, devemos ter em atenção que só recentemente se introduziu essa separação e, além disso, a mesma nem sempre se revela essencial para a boa administração da justiça, como comprovam as soluções recentes que enveredam por caminhos comuns ao direito penal e direito civil.

²⁷ Faria, 2003, pp. 259 e ss.

2. A reparação penal: modelos doutriniais

A nova consideração da vítima no seio da política criminal e o princípio vitimológico, colocaram no centro da discussão a reparação do dano. Alguns autores consideram que a satisfação da vítima é função exclusiva do direito civil, no entanto, levantam-se vozes no sentido de erigir um mecanismo que combine soluções de natureza civil e penal, capaz de exercer adequadamente tal função (reparatória), conferindo à vítima um papel que não lhe é admitido pela justiça penal tradicional. Tal mecanismo é substitutivo ou alternativo à reação penal clássica, i.e., à pena, ligando a satisfação dos interesses dos particulares ao interesse social inerente à pena. Cumpre-nos analisar algumas propostas doutrinárias, compreendendo os passos que já foram dados nesse sentido, de modo a perceber se a reparação poderá constituir um caminho que permite resolver os problemas colocados ao direito penal.

2.1. Modelo minimalista: a determinação da medida da pena como questão central

A reparação é vista como uma verdadeira reparação civil, decorrente da prática do ato criminoso, que pode ter efeitos na medida da pena. O *quantum* da mesma tem em atenção critérios exclusivamente civis, pelo que o *nomen iuris* “penal” apenas se deve ao facto de ter origem na prática de um facto criminoso e de poder ter influência na reação criminal.

Para os mais tradicionalistas, a reparação em caso algum pode substituir a pena, limitando-se a atenuá-la, se se revelar adequado, ou funcionando contra o autor no caso de este nem sequer tentar reparar a situação provocada pelos seus atos. Desde logo, a reparação pode demonstrar uma atitude de arrependimento relativamente ao ato praticado²⁸, o que pode conceder um privilégio na medida da pena. Tal terá vantagens quer para o autor, que vê a sua pena diminuída, quer para a vítima já que tal permite um maior efeito dissuasor em relação ao autor que se vê pressionado a reparar.²⁹

Para estes autores em caso algum a reparação pode substituir a pena já que desse modo colocaríamos em causa o sistema penal: por um lado, estaríamos a reduzir o papel do direito penal, centrando-nos no conflito entre o autor e a vítima, desmerecendo os interesses da sociedade espelhados nas normas penais³⁰; por outro lado, se admitíssemos tal solução colocaríamos em causa as finalidades do direito penal, em especial a prevenção geral que seria diminuída.

²⁸ Hirsch, 1992, p. 81, destaca a necessidade de no limite valorar o esforço reparatório e não a reparação em si, de modo a não privilegiar autores financeiramente fortes em detrimento dos mais desfavorecidos. Assim, tal deverá ser previsto na legislação, de modo a garantir o princípio da igualdade.

²⁹ Em certos casos, como no instituto de suspensão da pena, pressupõe-se mesmo a realização da reparação.

³⁰ A propósito dos acordos compensatórios pensados para a pequena e média criminalidade, Hirsch, 1992, p. 88 e ss., considera que a admitir tal solução seria apenas para bagatelas penais que o permitissem tendo em atenção o interesse público da persecução da ação penal e as necessidades de prevenção geral. Além disso, tais acordos revelar-se-iam desvantajosos para a vítima ou pelos menos mais vantajosos para o autor que para a vítima, já que a mesma seria pressionada psicologicamente para não exercer a ação penal e acabaria por ceder na sua pretensão indemnizatória que se poderá revelar menos satisfatória que uma pretensão obtida por via de uma ação civil.

Hirsch chama à atenção para os casos em que os danos não são proporcionais à conduta criminosa – pense-se que uma mera imprudência pode gerar elevados danos patrimoniais. Se a reparação constituir uma reação criminal, tal poderia criar uma espécie de reação (desproporcional) ao desvalor do resultado, quando na verdade num caso desses uma mera reparação parcial ou um esforço sério para tal já seria suficiente para um certo “benefício penal”.³¹

Acrescenta o autor que tais soluções levariam a uma situação de desigualdade valorativa ao gerar reações diferentes aos delitos com e sem vítima, com ou sem dano, uma vez que nos primeiros seria admissível substituir a pena, ao passo que nos segundos a punição continuaria igual³², violando ainda o princípio da igualdade, ao favorecer quem é economicamente favorecido. Nos casos em que a pretensão penal colide com a pretensão indenizatória, devemos centrar-nos em reduzir os danos que o direito penal pode gerar na pretensão indenizatória, evitando que o direito penal se realize à custa dos interesses da vítima. Nesses casos, o nosso pensamento não se deve focar no autor, mas na vítima que não pode ser prejudicada pela pretensão penal, apesar de no mais das vezes acabar por ser. Reconhecendo tais situações, Hirsch nota que há casos em que é inevitável que haja danos como acontece na criminalidade grave em que se torna necessária a aplicação de uma pena de prisão; contudo, noutros casos como, por exemplo, aqueles em que seja aplicada pena de multa, poder-se-á estatuir uma prioridade da pretensão indenizatória.³³

2.2. Modelo autonomista

Neste modelo a doutrina vai mais longe introduzindo a reparação no catálogo convencional das consequências jurídicas do crime³⁴ ou a seu lado³⁵, permitindo que o direito penal incorpore elementos restaurativos, sem descurar as finalidades preventivas.

³¹ Ibid., p. 83.

³² Ibid., pp. 55 e ss.

³³ Ibid., p. 84.

³⁴ As sanções previstas no sistema jurídico criminal português traduzem-se nas penas (num sentido amplo, englobando, quer as penas principais – pena de prisão e pena da multa – as penas acessórias e ainda as penas de substituição) e as medidas de segurança (medidas privativas da liberdade e medidas não detentivas). Estas têm por função comum a contenção da criminalidade, contudo, os seus fundamentos são diferentes: as primeiras têm por pressuposto a culpa, por sua vez, as últimas têm em consideração a perigosidade do delincente. Estas têm como denominador comum as finalidades de prevenção geral e especial, apesar de as mesmas se relacionarem de forma diferente: no âmbito das penas, a prevenção geral assume um lugar de destaque, sendo que a prevenção especial só releva para a determinação concreta da pena, dentro dos limites estabelecidos pela moldura penal, tendo como limite a culpa; por oposição, nas medidas de segurança tem destaque a prevenção especial uma vez que o principal intuito da mesma é a socialização do delincente e a manutenção da sua própria segurança, apesar de, ainda assim, não deixar de se ter em atenção as exigências de prevenção geral que se visionam neste âmbito como o mínimo necessário à tutela do ordenamento jurídico e das expectativas da comunidade. Para uma melhor compreensão veja-se Dias, 1993, pp. 89 e ss. e Antunes, 2017.

³⁵ Poderia pensar-se em constituir uma sanção acessória ao lado da pena e da indemnização civil. Faria, 2003, p. 282, nota que tal não teria um sentido punitivo autónomo, além de que levaria a um fracionamento da punição, uma dupla intervenção do Estado, que atuaria quer ao nível penal, quer ao nível civil, o que conduziria a uma vantagem indevida para vítima, pelo que será preferível optar por uma sanção diferente.

2.2.1. A reparação como “terceira via”

A reparação penal foi preconizada por Roxin³⁶ enquanto uma “terceira via”, i.e., como consequência jurídica autónoma, distinta das penas e medidas de segurança, que agrega elementos civis de modo a compensar o dano, mas também elementos penais de modo a cumprir as suas finalidades próprias do direito penal e a adotar ferramentas que, de outro modo, não seriam admissíveis.³⁷ A reparação (ou a tentativa de) encarada num sentido amplo assume uma verdadeira autonomia, constituindo um elemento essencial do sistema das reações criminais, complementando as soluções existentes.³⁸

Há uma harmonização do direito civil e do direito penal, na medida em que não se descarta a indemnização civil, mas vai-se mais longe ao considerar que a reparação tem ainda de visar o restabelecimento da paz jurídica, finalidade estritamente penal. Palermo reforça a necessidade de distinguir a reparação em sentido estritamente civil que só atende ao dano, da reparação do ponto de vista penal que vai mais além, já que apesar de conter elementos do direito civil, também atende ao interesse da vítima e aos aspetos sociais que se relacionam com os fins da pena, o que se encaixa nos propósitos das reações penais.³⁹

Destarte, a reparação enquanto alternativa às consequências jurídicas tradicionais é independente da indemnização civil, embora se possa concretizar no ressarcimento do montante indemnizatório civil⁴⁰ ou num outro tipo de reparação de natureza penal a considerar. Para Palermo a reparação penal pode concretizar-se numa mera reparação simbólica, prestação pecuniária para a vítima ou terceiros (ex: seguradora), realização pelo autor de certos atos em favor da vítima ou da comunidade, esforço sério para reparar, pagamentos a instituições de utilidade pública, etc.⁴¹ Não se trata de introduzir um novo fim no direito penal, mas de integrar uma consequência jurídica restauradora, ao invés das tradicionais, que obedece igualmente a critérios de culpa, proporcionalidade

³⁶ O autor propôs a inserção da reparação como consequência jurídica autónoma do crime no Projeto Alternativo Alemão de 1992 (AE-WGM). A este propósito, Roxin, 1999, pp. 5-15.

³⁷ Para Roxin, 1992, pp. 142-143, um modelo que considere a reparação materialmente civil só é possível relativamente a âmbitos considerados marginais, desde que estabelecido de forma limitada. Considerando que tal solução visa obviar à tutela do direito penal e que reparação não se configura de acordo com critérios penais, olha para este modelo como uma espécie “descriminalização parcial”, que deve ser aproveitada, mas apenas no quadro configurado como passível de descriminalização. Ir longe demais neste modo, significa colocar em risco bens jurídicos penais e, no limite, abrir a porta à possibilidade de pressões e contra pressões, que podem ser mais prejudiciais para a paz jurídica que o próprio facto ilícito.

³⁸ Roxin, 1992, pp. 143 e ss., nega admissão da reparação como uma verdadeira pena, já que se tal fosse de admitir a mera reparação civil mais não seria do que uma reação penal.

³⁹ Palermo, 2005, p. 210.

⁴⁰ Há o aproveitamento de um mecanismo civil que apesar de em si mesmo não ter qualquer efeito preventivo, pode garantir a eficácia preventiva do sistema penal. Trata-se de aproveitar as potencialidades do direito civil, embora tal não signifique uma inversão das funcionalidades dos dois ramos do direito. Ligam-se ambos os direitos de modo a resolver um conflito social. Faria, 2003, pp. 265-268.

⁴¹ Palermo, 2005, pp. 194, 202 e 210; 2001, p. 53. Note-se que a reparação penal poderá refletir-se em qualquer conduta que satisfaça a vítima num sentido criminal, pelo que se por essa via não forem satisfeitas as expectativas patrimoniais a vítima deve recorrer ao direito civil, uma vez que tal é alheio ao direito penal. Roxin, 2002, p. 12, propõe a reparação de carácter laboral de modo a que não haja o favorecimento dos mais ricos (*v.g.*, o próprio autor repara uma coisa danificada por si, como forma de compensação ao lesado ou presta trabalho numa associação que visa a prevenção do alcoolismo no caso da prática do crime de perigo abstrato de condução perigosa de veículo rodoviário sob o efeito de álcool).

e necessidade e se guia pelo princípio da subsidiariedade, sem descurar as finalidades preventivas.⁴²

Os autores partidários desta solução olham para a reparação como um ato voluntário, que promove a interação entre autor e vítima⁴³, o que conduz à diminuição das necessidades preventivas. Assim, a voluntariedade revela-se essencial já que, de outro modo, dificilmente se conseguiria a ressocialização do agente, o que por si só se revela uma tarefa difícil. E se tivermos dúvidas sobre tal pressuposto, considerando que há ressocialização no caso da pena, mesmo esta não sendo voluntária, Mário Ferreira Monte, para quem a voluntariedade é a “pedra de toque” (*expressão sua*)⁴⁴ para a reintegração do autor, esclarece-nos: não podemos confundir a pena com a reparação; se a reparação não fosse voluntária, bastaria a aplicação de uma pena, conjugada com a reparação civil, não se visionando razões para a reparação penal. Salientando o aspeto diferenciador da reparação em relação às penas, diz-nos que a reparação “[...] deve procurar, ao mesmo tempo, ir ao encontro dos fins das penas, dispensando-as, e ir ao encontro do interesse da vítima, dispensando a reparação civil”⁴⁵. Deste modo, deve visar-se e impor-se que o agente assuma a responsabilidade pelos atos que cometeu, colaborando ativamente para a restauração da paz jurídica, ao mesmo tempo que se promove uma maior intervenção da vítima do crime no processo penal.⁴⁶

A teoria de Roxin foca-se, essencialmente, na voluntariedade da prestação, na existência de um acordo e na possibilidade de se conseguir evitar uma pena⁴⁷. Este considera que deve ser criado um mecanismo processual próprio que permita, *v.g.*, um debate perante um juiz especial de modo a obter o acordo compensatório ou a reparação do dano.⁴⁸

Tais autores notam ainda que não é pelo facto de haver uma ameaça penal abstrata que se deve punir no caso concreto, funcionando a reparação como um meio para atenuar ou substituir a pena, ao encontro do princípio da subsidiariedade⁴⁹, constituindo uma via autónoma, independente da solução civil e até de outras penas concretamente aplicáveis. Contudo, não podemos ser levados ao limite de considerar que a reparação é suficiente em todos os casos, já que tal poderia colocar em causa a própria subsistência

⁴² Palermo, 2005, p. 205.

⁴³ Nesse sentido, Palermo, 2005, p. 192, considera que sempre que possível, devemos promover uma abordagem entre autor-vítima, ao invés de a renunciar *a priori*. Palermo, 2001, pp. 52 e 53, considera que é a voluntariedade que permite o diálogo entre as partes, no sentido de (tentar) diminuir o dano, pelo que a mesma se revela essencial, ao lado da aceitação da vítima e do efetivo esforço pessoal na tarefa a que se compromete, até porque é essa voluntariedade da reparação que, no seu entender, a distingue da indemnização civil.

⁴⁴ Monte, 2012, p. 105.

⁴⁵ Monte, 2003, p. 144.

⁴⁶ Roxin, 2002, p. 13.

⁴⁷ Palermo, 2005, pp. 190 e ss., considera que a reparação será um elemento premial, um benefício à conduta voluntária do autor que visa diminuir os efeitos da sua ação, pelo que não há qualquer intuito retributivo nesta técnica legislativa que se revela adequada já que aquando da reparação o autor demonstra com a sua ação que os fins de prevenção estão cumpridos ou, pelo menos, parcialmente cumpridos.

⁴⁸ Nesse sentido, veja-se Roxin, 1992, p. 138 e Sessar *apud* Roxin, 1992, p. 156, que propõe que, em caso de falha do acordo, tal possa ser tido em consideração aquando da determinação da pena, valorizando-se, assim, elementos restitutivos na mesma, como por exemplo a rejeição injustificada do acordo de forma unilateral pelo autor.

⁴⁹ Para Palermo, 2005, p. 200, tal consideração baseia-se no princípio *nullum crimen sine necessitate*, formulado no sentido negativo.

do direito penal pelo que deve ter-se cautela aquando da substituição da pena. Assim, nem sempre é possível dispensar a aplicação de uma pena, já que podem sentir-se necessidades preventivas que não se podem descurar, como acontecerá no caso de crimes mais graves ou nos casos de reincidência, pelo que nos casos em que a vítima é ressarcida, temos de analisar se ainda é necessária a aplicação de uma pena, ou se atendendo à vítima e à comunidade, tal já não se revela necessário.⁵⁰ A este propósito, Mário Ferreira Monte considera que a reparação penal surge como uma medida intermédia entre a pena e a isenção de pena, sendo, ao mesmo tempo, autónoma à mesma pelo que em *ultima ratio* se aplicará, conjuntamente, a pena.⁵¹

Considerando o conceito amplo de Roxin respeitante à prevenção geral que conduz a uma “prevenção integrativa”⁵², defendem estes autores que pela via da reparação é possível que se dê término ao conflito entre autor e vítima, satisfazendo, por essa via, a consciência legal da coletividade.⁵³ A principal vantagem será ao nível da prevenção geral positiva; contudo, não se nega que poderá ainda ter efeitos pela via negativa já que em caso de incumprimento o agente saberá que lhe será aplicada outra pena.⁵⁴ Para si tal comportará efeitos ao nível da ressocialização do autor que encarará os danos concretos que causou, podendo tal facto conduzir a uma consciencialização interna que contribua para uma reconciliação com a vítima.⁵⁵

O campo de eleição será a dos crimes de pequena e média criminalidade, porém, não excluem a criminalidade mais grave, quando razões de política criminal o aconselhem.⁵⁶ Roxin lembra que há crimes em que o dano atinge uma dimensão que não torna a

⁵⁰ Nesse sentido, Monte, 2003, p. 132, nota ainda que tal trará ainda vantagens a nível processual, permitindo que os processos se tornem mais céleres nos casos em que não seja necessário ir a julgamento, sem deixar de ter presente a função do direito penal. Mesmo nos casos em que se revela necessária a aplicação de uma pena, tal poderá ter efeitos na medida da mesma.

⁵¹ Monte, 2003, p. 151.

⁵² Para Roxin a prevenção geral positiva é a essência de toda a doutrina. A “prevenção integrativa” verifica-se quando o autor se esforça de tal modo para compensar o dano, que a consciência jurídica da comunidade apazigua-se, reforçando-se a confiança do cidadão relativamente à norma violada e o conflito entre autor-vítima se considera solucionado. Hirsch considera que Roxin não compreende o conceito de “prevenção integrativa” no âmbito do direito penal; para si o autor deixa de lado que a ordem jurídica tem vários ramos do direito que podem desempenhar diferentes papéis, sendo que cada um dos ramos têm âmbitos e consequências próprias não podendo, por isso, pretender o direito penal resolver todos os conflitos, uma vez que tal levaria a que todos os efeitos do crime fossem penais. Para Hirsch, 1992, pp. 62 e ss., a vítima não pode obter a compensação no âmbito do direito penal já que tal seria ultrapassar as funções atribuídas a esse ramo, além de que, não se coaduna com os fins do mesmo, que já há algum tempo ultrapassou a teoria da retribuição. Para o autor a diferença material entre o direito penal e o direito civil é clara e impede este tipo de construções, pelo que a vítima deve visar a reparação no âmbito do direito civil que é mais cuidado na própria investigação do dano; além de que, se quisermos legitimar a intervenção penal que permitirá menos custos para a vítima e uma determinação da culpa *ex officio* teremos de recorrer ao processo de adesão.

⁵³ Roxin, 1992, p. 149.

⁵⁴ Monte, 2012, p. 107.

⁵⁵ Hirsch, 1992, pp. 66 e ss., questiona o que acontece no caso de incumprimento. Se é certo que tal constituirá um meio persuasivo mais forte que os meios civis, já não é tão certo o que acontecerá caso não se cumpra a obrigação reparatória. Assim, para o autor, se aparentemente os conceitos parecem levar a um progresso, na verdade, acaba num retrocesso lamentável que no limite poderá conduzir a um regresso à “prisão por dívidas”. Por oposição, Palermo, 2005, p. 206, considera que não há ameaça de prisão por dívidas; na realidade apenas haverá tal pena no caso de violação do acordo, pelo que este mecanismo se revela vantajoso uma vez que a pressão exercida pela possibilidade de continuação do processo criminal é favorável à vítima.

⁵⁶ Nesse sentido, Monte, 2003, p. 145. O autor considera ainda que tal funcionará bem no âmbito da criminalidade económica. A reparação aparece no âmbito deste direito penal secundário como um mecanismo eficaz na resposta à hipercriminalização desta área, o mais das vezes motivada por razões político sociais,

reparação possível, até porque por mais esforços reparatórios que haja, a lesão não desaparece, como é o caso do homicídio ou lesões corporais graves. Consideramos que nesses casos, a ser admitida a reparação, será sempre cumulada com uma pena, contudo, ainda nesse caso, um esforço reparatório pode levar a uma atenuação da pena.⁵⁷

Alem disso, Roxin nota que também se podem ainda incluir crimes que não geram danos, como é o caso da tentativa falhada, crimes de perigo abstrato ou crimes que abrangem bens supra individuais como o crime de falsas declarações, já que, nesses casos, se poderá falar de uma reparação simbólica, sendo o valor atribuído a um fundo criado para o efeito, fundo esse de compensação de vítimas que não conseguem obter uma reparação por outra via.⁵⁸

Por sua vez, Palermo e Sánchez consideram que tais soluções também podem ser ponderadas no âmbito da criminalidade organizada, na qual devemos diferenciar os elementos que têm o controlo funcional sobre o ato, dos elementos que têm menos poder de decisão, sendo que os últimos – elementos facilmente substituíveis na organização (pense-se no caso das mulas de droga) – podem ver a pena suspensa na sua execução mediante reparação, ainda que simbólica, do dano. Além disso, no caso da criminalidade grave, consideram que se deve pensar na possibilidade de exigir a reparação de danos, combinada com outras reações criminais (uma espécie de penas combinadas)⁵⁹.

2.2.2. A reparação como verdadeira pena

Nesta vertente, os autores encaram a reparação como uma verdadeira obrigação penal, decorrente de uma condenação judicial. Assim, a reparação, na esteira da doutrina anterior, também visa acudir a necessidades civis e penais, mas vai mais longe, apontando a reparação como uma verdadeira pena, que pode revelar-se mais eficaz e persuasiva do que a própria pena de prisão ou multa.⁶⁰ Esta solução é vista como um modo de combater a insuficiência das formas de reação legalmente previstas, na medida em que se considera mais eficaz, reforçando, assim, os mecanismos de tutela.

Analisando a interseção entre o direito civil e o direito penal, Maria Paula Ribeiro de Faria nota que, se por um lado, tem dúvidas acerca da legitimidade de uma indemnização superior ao dano sofrido pelo lesado no âmbito civil, não encontrado fundamento

permitindo a realização das funções do direito penal e do intuito de criminalização. Pense-se no caso dos crimes tributários em que a receita regressa aos cofres do Estado, ao mesmo tempo que se protegem bens jurídico-penais.

⁵⁷ Roxin, 2002, p. 11.

⁵⁸ Roxin, 2002, pp. 11 e ss.

⁵⁹ Palermo, Sánchez, 2001, pp. 61 e ss.

⁶⁰ Esta proposta não é nova. No final do século XIX, os positivistas italianos já chamavam à atenção para o facto de o direito penal colocar na sombra a parte lesada e a reparação dos danos decorrentes do crime. Ferri evidencia as vantagens da reparação requerida *ex officio* pelo Ministério Público, de modo a reparar a parte lesada, ao mesmo tempo que reage contra a violação do tipo legal de crime, realçando assim a função social que a mesma poderia desempenhar, atribuindo-lhe, por isso, uma função e natureza penal. A indemnização constitui, assim, uma forma de atingir uma finalidade eminentemente pública de prevenção e reprobção do facto praticado, embora comporte em si, também, uma finalidade reparatória. Este considera que com a prática do crime, mesmo no caso de ofensa de um bem jurídico coletivo, há sempre um dano privado, uma vez que haverá sempre algum sujeito passivo que direta ou indiretamente suportará a ação típica-ilícita e os seus efeitos, que deve ser reparado em sede penal, existindo razões para a interferência do Estado que ultrapassam os quadros do direito civil. *Apud* Dias, 1966, pp. 101 e 134.

para a atribuição de uma soma que extravase o prejuízo individual, por outro, esclarece que diferente é o que se poderá verificar no âmbito do direito penal que oferece mais garantias. A indemnização perspectivada deste modo, constitui uma reação ao desvalor global da conduta, indo além da função tradicionalmente concedida à indemnização, i.e., além do resultado na sua dimensão individual, atingindo uma finalidade de natureza social que reforça a finalidade preventiva da pena.⁶¹

Para a autora não se trata de conceber um efeito jurídico penal à indemnização civil, mas de uma indemnização que não se confunde com a mesma, tratando-se, por isso, de uma sanção principal, com uma moldura penal, a que corresponderá um montante pecuniário global, de arbitramento oficioso (à semelhança do que acontecia no anterior processo de adesão), montante esse que pode não coincidir com o valor do dano em sentido estrito, mas que tem de revestir uma certa severidade de modo a “produzir efeito útil”, sendo proporcional ao facto praticado, o que supõe a ponderação de um “equilíbrio difícil” que se impõe primeiramente ao legislador e posteriormente ao julgador, de modo a não combater um desequilíbrio com outro desequilíbrio em favor da vítima.⁶² Trata-se, assim, de um mecanismo sancionatório preventivo de natureza dúplice que atende a um “conceito cinzento” de dano de modo a cumprir funções que “o direito civil não cumpre sozinho, e que o direito penal não consegue assegurar na pureza dos seus princípios”⁶³.

Nesta via, o processo de adesão deixará de existir, no que respeita aos tipos legais invocados, já que tal mecanismo funcionará em sede de direito penal, onde o arguido beneficiará de maiores garantias processuais e constitucionais.⁶⁴ Contra os que entendem que esta solução viola o princípio da igualdade já que favorece os mais ricos, Sessar propõe a prestação de trabalho, de modo a obter meios para cumprir a prestação indemnizatória.⁶⁵

Distinguindo-a da indemnização civil, considera que devemos encontrar um critério normativo, que atenda fatores de medida da pena para determinar o montante da reparação penal – tais como a gravidade do facto praticado e demais circunstâncias, razões de prevenção e necessidade punitiva – já que estando em causa uma lesão supra individual, que torna difícil distinguir o prejuízo social do prejuízo individual, não nos podemos guiar por um critério de diferença, como acontece no direito civil que só atende à lesão do particular em si mesmo considerada.⁶⁶ Assim, será até vantajoso o processo de determinação da sanção indemnizatória, já que podemos ter em atenção o desvalor da conduta, o grau de ilicitude do facto, modo de execução, intensidade do dolo ou negli-

⁶¹ Veja-se Faria, 2003, especial destaque para a nota de rodapé 16, p. 263.

⁶² Ibid., p. 282.

⁶³ Faria, 2003, p. 290.

⁶⁴ Faria, 2003, pp. 268, 291.

⁶⁵ Sessar, *Schadenswiedergutmachung in einer künftigen Kriminalpolitik, Festschrift für Lefferenz*, 1983, pp. 157 e ss., p. 161 *apud* Faria, 2003, p. 277.

⁶⁶ Nesse sentido, Faria, 2003, p. 276, nota que uma vez que não nos podemos guiar pelos critérios de “diferença” usado no direito civil não nos é possível aferir esse enriquecimento. A mesma lembra que nas situações em que o interesse social extravase em larga medida o interesse individual, será possível atribuir um valor a organismos de natureza privada ou fundos específicos que se relacionem com o crime em causa, distinguindo-se assim da multa que vai para os cofres do Estado. Esta parece-nos ser uma solução para os casos em que se considera haver um enriquecimento injustificado da vítima, deixando essa soma de ser considerada como benefício para a vítima.

gência, o grau de violação dos deveres impostos ao agente, que nos permite ir além do valor do dano⁶⁷.

Por esta via consideram-se os interesses da vítima, não lhe gerando um enriquecimento indevido já que os interesses pessoais atingem uma dimensão social que é protegida pelo direito penal, pelo que passamos a ter uma “imagem dúplice”⁶⁸, que permite ir além da visão do dano concretamente sofrido, como um dano estritamente civil, avaliando outras dimensões que apenas relevam no domínio penal. O interesse da vítima acaba por se confundir, neste âmbito, com o interesse social, tal como a vertente reparatória e preventiva, pelo que sendo o dano difuso não o podemos calcular atendendo a critérios civis como a critério da teoria da diferença, referindo Maria Paula Ribeiro de Faria que “em rigor não se pode falar de um mais de indemnização em relação ao dano efetivamente sofrido”⁶⁹.

A solução proposta comporta uma dimensão preventiva e sancionatória e apenas diz respeito a determinados tipos legais de crimes em que a dimensão individual dos bens jurídico penais se revela fundamental, i.e., quando a vítima tem um papel de destaque, uma vez que o seu interesse se mistura com o interesse social, nomeadamente, nos crimes patrimoniais (*v.g.*, furtos simples), crimes contra a integridade física e crimes contra a honra.⁷⁰ Nesses casos, a natureza dos interesses afetados justifica esta possibilidade, já que a reparação em favor do ofendido ou de instituições distintas do Estado contribuirá para, pelo menos, atenuar os efeitos causados pela ação criminosa.

3. Notas de Justiça Restaurativa no modelo autonomista: a essência do processo ou a relevância do resultado

Estas propostas surgem no decurso do desenvolvimento da denominada Justiça Restaurativa, que constitui “uma das respostas possíveis da justiça, após a ocorrência de uma ofensa que visa primordialmente reparar o dano social, relacional e individual por ela causado”.⁷¹ Esta apareceu como uma alternativa ao modelo de justiça criminal tradicional, propondo um modelo informal de resolução do litígio, que apela a soluções restauradoras, ao invés das clássicas reações criminais, visando aproximar o autor e a vítima, na medida do possível. O processo deliberativo é a sua essência, contudo, esse processo nem

⁶⁷ *Ibid.*, p. 281.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 285.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 289.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 267 e ss., p. 285. Para a autora as áreas que contem com produtos perigosos, poluição (especialmente no que diz respeito às pessoas coletivas), acidentes de viação e condutas bagatelares, revelam-se vitais neste domínio, além de que, tal solução será adequada nos casos das pessoas coletivas uma vez que baseando-se o cálculo em critérios penais, o agente do crime deixará de atuar de acordo com critérios de racionalidade económica – *ob. cit.*, p. 276.

Além disso, a autora nota – *ob. cit.*, pp. 286 e ss. – que esta modalidade de reação criminal aproxima-se do Buße do direito alemão, positivado em tempos nos § 188 e 231 do StGB (espécie de indemnização civil *suus generis* arbitrada em processo penal – de acordo com um juízo equitativo – que funcionava como sanção acessória à pena principal, relativamente a crimes contra a integridade física e difamação). Lembra ainda que tal sanção pecuniária de natureza mista, embora no âmbito civil, foi ainda pensada na proposta legislativa AE-LDG, relativamente a furtos em lojas até 500 DM, em que mediante o pagamento de pelo menos 50 DM por cada furto não dava origem ao processo penal.

⁷¹ Walgrave, 2008, p. 21 (*tradução nossa*). Note-se que não é possível definir com precisão a Justiça Restaurativa, uma vez que a mesma se apresenta em moldes diferentes por vários autores – nesse sentido veja-se Santos, 2014, pp. 153 e ss.

sempre é possível, pelas mais variadas razões, basta pensar nos casos em que a vítima tem razões para não confrontar o autor – *v.g.*, num caso de crime sexual – ou nos casos em que não conseguem chegar a acordo. A doutrina divide-se no que respeita aos casos em que o processo deliberativo não é possível.⁷²

A doutrina minimalista considera que caso não haja processo deliberativo, não é possível recorrer à justiça restaurativa, pelo que se deve remeter o caso para a justiça tradicional. Para estes, o processo é a essência da restauração – e o que o distingue dos demais - constituindo o meio mais adequado para alcançar a reparação à vítima, permitindo uma melhor determinação do dano, já que o autor o reconhece e se redime, demonstrando a sua intenção de, ali em diante, agir de acordo com as normas jurídicas (sociais)⁷³. Mário Ferreira Monte nota que tal processo se diferencia do Processo Penal, na medida em que ao abrir um espaço de consenso, terá de ser um processo diferente, que implique a assunção voluntária pelo crime, o que comporta, desde logo, uma filosofia diferente.⁷⁴ Para si, o processo é fundamental já que é o pressuposto básico para conformar a atitude do autor e a participação da vítima.⁷⁵

Contudo, a doutrina maximalista considera que apesar de se dever dar prioridade ao processo deliberativo – o que nos remete para a “terceira via” – caso este não seja possível deve estatuir-se um mecanismo coercivo, *i.e.*, sanções restaurativas, de modo a não reduzir a justiça restaurativa a uma opção marginal às consequências jurídicas tradicionais. Nesse sentido, Walgrave admite que em certos casos é necessária a intervenção coerciva dos tribunais, obrigando o autor a uma ação restaurativa, o que constituirá uma verdadeira pena ainda que alternativa às penas tradicionais.⁷⁶ Para esta corrente doutrinária, mais importante que o processo é a finalidade que se visa alcançar, *i.e.*, os valores subjacentes ao processo.⁷⁷ Os profissionais da área jurídica têm aqui um papel de destaque: nos casos em que haja uma participação voluntária das partes, há uma supervisão judicial do processo, de modo a salvaguardar os princípios inerentes ao mesmo; caso não seja possível um processo consensual, os juízes arbitram oficiosamente a reparação.

4. Considerações sobre os modelos de reparação penal

Tais propostas constituem um meio de responder às críticas apontadas às consequências jurídicas existentes. A pena de prisão é considerada por muitos um meio desa-

⁷² Para uma melhor compreensão veja-se Zernova, Wright, 2007, pp. 91 e ss.

⁷³ Assim, caso o processo deliberativo não seja possível, recorrem às reações criminais tradicionais. Há alguma resistência em introduzir profissionais da área jurídica e autoridades judiciais, uma vez que consideram que só as partes podem resolver o conflito por via da justiça restaurativa. Esta doutrina adota um conceito restritivo de justiça restaurativa. Para uma explicação mais desenvolvida da doutrina veja-se McCold, Wachtel, 2002, pp. 110 e ss.

⁷⁴ Monte, 2012, p. 103.

⁷⁵ Trata-se de abrir espaços de consenso com o intuito de obter a reparação do dano, *i.e.*, restaurar os interesses lesados ao mesmo tempo que ressocializa o autor. Monte, 2012, p. 106 nota que esta será uma questão cultural, de apelo à cidadania: a sociedade europeia está mais ligada à justiça tradicional, enquanto, *v.g.*, a China ou os EUA estão mais dispostos a encontrar soluções comunitárias para resolução dos seus conflitos.

⁷⁶ Walgrave, 2002, p. 78.

⁷⁷ Nesse sentido, Walgrave, 2007, pp. 559 e ss. Acrescenta o autor que para si a maioria dos crimes não pode envolver um processo consensual, sendo necessária a imposição coerciva de mecanismos restaurativos – Walgrave, 2002, p. 78. Para o autor, a participação das partes é um meio de atingir o resultado restaurador e não um fim. Para uma melhor compreensão veja-se Walgrave, 2008, pp. 18 e ss.

dequado para ressocializar o agente e, por sua vez, a pena de multa é considerada um meio desadequado para atender ao interesses da vítima, já que com aquela o autor se sente suficientemente punido pelo sistema penal, recusando-se, por isso, a indenizar os danos emergentes do crime, por considerarem que tal representa uma nova punição⁷⁸.

O modelo minimalista determina que a reparação objetivamente civil pode ter relevância criminal, desde que se conforme com as finalidades preventivas do direito penal.⁷⁹ A questão será saber até que ponto é que tal poderá ser adequado às finalidades penais. Expusemos no *Capítulo I* os efeitos que a reparação civil pode ter no âmbito penal, nomeadamente, na determinação da medida da pena.

O nosso direito penal positivado abrange outras formas de reparação (que não a civil), o que significa que vai além do modelo minimalista.⁸⁰ Além disso, ao contrário do que se verifica no direito civil, estatui situações em que a vítima não pode recusar o recebimento da reparação, uma vez que as razões inerentes a tais opções se sobrepõem aos interesses civis.⁸¹ Assim, a reparação no nosso ordenamento jurídico tem uma função adjuvante da realização da finalidade de punição e não se confunde com a indemnização civil.

Por sua vez, o modelo autonomista visa incorporar elementos restaurativos no âmbito das consequências jurídicas do crime. A solução que propõe a reparação como “terceira via” é mais orientada para o processo, enquanto a reparação como verdadeira pena visa essencialmente o resultado.

Note-se que a Vitimologia se revela essencial na assunção destas novas realidades, ao atribuir uma nova relevância à vítima.⁸² Pretende-se aproximar as partes, de modo a que, se possível, estas possam resolver conjuntamente as consequências de um ato criminoso, realçando-se que o autor do crime não é o único protagonista da ação penal, já que a este se tem de juntar a vítima. Tal é de ter atenção já que, ao encontro do defendido por Eser, consideramos que a paz jurídica só se encontra devidamente restabelecida quando se faz justiça não só em relação ao autor, mas também em relação à vítima.⁸³ Contudo, a forma como a doutrina olha para a (nova) relevância dada à vítima não é coincidente, sendo que para uns está em causa a necessidade de reparar o dano, ao passo que para outros a reparação surge ainda como um meio de ressocializar o autor. Orientamo-nos no sentido de conciliar os dois interesses que se interligam.

Por sua vez, o princípio vitimológico – princípio essencial na política criminal – diz-nos que o direito penal deve procurar aprofundar o papel e a consideração dos interesses da vítima, quer a nível do direito penal substantivo, quer ao nível do direito

⁷⁸ Roxin, 1992, p. 140.

⁷⁹ Desde logo, para Hirsch, 1992, p. 69, tais soluções tem de ser pensadas tendo em conta a vítima potencial e não a vítima concreta.

⁸⁰ Este modelo tem diferentes estatuições nas legislações penais de cada país.

⁸¹ Pense-se no caso da suspensão da execução da pena de prisão subordinada ao dever de reparação (art. 51º CP). Nesse sentido, Albuquerque, 2015, pp. 308 e ss. e o Ac. do TRC de 23-05-2012, Processo 679/08.5GBI-LH.C1, Relator Abílio Ramalho, disponível em www.dgsi.pt.

⁸² Tal revela-se uma tendência atual. A Organização das Nações Unidas e a União Europeia já se manifestaram a este propósito, apelando a uma política criminal menos repressiva e, concomitantemente, mais eficaz - veja-se a título de exemplo a Convenção contra a criminalidade organizada transacional, que no seu artigo 25º, n.º 1 e 2 consagra o dever dos Estados adotarem medidas que garantam a reparação das vítimas.

⁸³ Eser, 1998, p. 42.

penal processual. Assim, considerando que o Estado detém o *ius puniendi* para defender os interesses da comunidade, baseando-se em finalidades preventivas para o fazer, o mesmo não deve descurar a vítima.⁸⁴ O corte progressivo das relações entre agente e vítima deve ser reconsiderado, para uma melhor aplicação do direito e efetividade da justiça, pelo que consideramos que o direito penal e o direito civil se devem aproximar nesta vertente.

Optar pelo modelo proposto por Roxin, implica admitir que a reparação surge como uma forma de servir o interesse da vítima, que poderá ficar melhor acautelado por esta via do que através da aplicação (exclusiva) de uma pena privativa da liberdade, além de apelar a aspetos emocionais, podendo a vítima recuperar a autoestima ou autonomia lesada com o ato criminoso. Acentua-se ainda o efeito ressocializador, já que o agente do crime terá de perspetivar as consequências que a sua ação desencadeou na vítima, podendo promover uma concertação entre ambos, restabelecendo-se a paz jurídica quebrada com a prática do crime. Acresce que, nos casos em que se revele desnecessária a aplicação de uma pena, isso contribuirá para uma maior celeridade processual da resolução do conflito jurídico penal, até porque sendo necessário um acordo, acordo esse que pressupõe a voluntariedade, o mesmo pode logo atingir-se na fase inicial.

Consideramos que esta solução não contende com os fins da pena, desde logo, porque a reparação funcionará apenas como um meio de garantir a eficácia das finalidades preventivas das penas, complementando o seu fim.⁸⁵ Não se trata, por isso, de misturar finalidades do direito civil e do direito penal, nem de introduzir uma nova finalidade ou reprivatizar o direito penal, mas de aproveitar um instrumento que poderá ter uma finalidade preventiva, quer geral, quer especial e introduzi-lo na estrutura das consequências e dos propósitos tradicionais da punição. O mecanismo proposto por Roxin mais não é do que um mecanismo que reconhece efeitos decorrentes do desenvolvimento da relação entre autor e vítima, nomeadamente, dos esforços reparatórios do agente do crime⁸⁶, que vai ao encontro do princípio da necessidade da pena. Tal proposta aproxima-se de algumas soluções da nossa lei, nomeadamente, da dispensa de pena (art. 74º CP) que dá origem ao arquivamento (art. 280º CPP) e da suspensão da pena de prisão mediante reparação (arts. 50º e 51º CP) – analisadas *supra* no Capítulo I, para o qual remetemos e onde expomos as nossas conclusões sobre as vantagens de tais mecanismos – e ainda da suspensão provisória do processo com injunção de reparar o dano (art. 281º CPP). Assim, parece-nos que acolher tal proposta passará por problematizar os mecanismos existentes na nossa lei, visando a sua melhor aplicação.⁸⁷

⁸⁴ Como vemos, tal solução implica um repensar do nosso direito processual penal. Se o mesmo já tem em atenção a vítima em algumas situações, certo é que muitas vezes a vítima assume um papel de mera testemunha, pelo que os seus direitos poderiam ser melhor acautelados.

⁸⁵ A “terceira via” não visa garantir o interesse ressarcitório puro no sentido civil do termo, razão pela qual não podemos falar numa finalidade reparatória, mas antes num aproveitamento de funções reparatórias com vista ao cumprimento de necessidades preventivas.

⁸⁶ Nesse sentido, Faria, 2003, pp. 264-268.

⁸⁷ Pense-se, *v.g.*, no caso da suspensão provisória do processo com injunção de reparar que pode ser melhorado, desde logo, contemplando no seu n.º 2, al. a) a obrigação de indemnizar a vítima e não só o lesado, já que estes conceitos nem sempre coincidem. Para um melhor aprofundamento, veja-se Cunha, 1998, pp. 593 e ss.

Por sua vez, a reparação enquanto verdadeira pena é vista por alguns como um retorno à “pena privada”, à ideia de represália, em que a punição do autor do crime se baseava numa ideia de vingança.⁸⁸ Assim, este modelo é criticado pelos que o encaram como uma nova finalidade para o direito penal.⁸⁹ Contudo, tal argumento não procede se se configurar a reparação como um mecanismo reparatório com finalidades preventivas. Tal passará por impor que o montante não possa ficar abaixo do dano em sentido civil, sendo o “*quid*” que extravasa esse valor, o que se considera necessário e suficiente para repor as necessidades preventivas.

Para Roxin, a doutrina que visa incluir no sistema de penas não deve ser admitida já que se tivermos de incluir numa sentença uma pena que constitua a reparação, tal passará a ser a finalidade da sentença e desvirtuará a mesma ao entrar em contradição com os fins das penas.⁹⁰ Acrescenta que a responsabilidade penal não se pode conformar da mesma forma que a civil, pelo que se a pena criminal se basear no mero ressarcimento do dano civil, poderíamos considerar que o conteúdo material de uma condenação civil já consubstancia uma verdadeira pena criminal, o que não lhe parece ser de aceitar. Este argumento não nos parece procedente se, tal como referido *supra*, atendermos a um critério normativo-penal para a determinação da pena. Nesse sentido, concordamos que a reparação como verdadeira pena em caso algum se pode bastar com o *quantum* indemnizatório civil, já que as finalidades do direito penal extravasam o mesmo, pelo que tal proposta tem de acolher critérios penais para a determinação da indemnização, nomeadamente, aos dos arts. 40º, 70º e 71º do CP, o que a diferencia da indemnização civil que tem como limite o dano.

O modelo autonomista parece-nos ser o modelo que melhor concilia o interesse individual e o interesse social. Destarte, cumpre-nos compreender qual a melhor solução: se a reparação como uma “terceira via” ou como verdadeira reação criminal. Consideramos que, quer num caso, quer no outro, a reparação poderá constituir uma nova forma de cumprir a função do direito penal, sem descurar as soluções existentes. Restará apurar os aspetos que podemos aproveitar das mesmas e encontrar a solução que permita que o direito penal se realize de forma plena, tanto quanto possível.

5. Conclusões

A profilaxia criminal constitui a finalidade do direito penal, contudo, a mesma não se pode alhear das realidades afetadas pelo crime, devendo valorar as mesmas e introduzi-la na forma de cumprimento dessa finalidade. Orientamo-nos por um discurso político criminal que ao permitir que a relação passe a ser triangular, atende aos interesses da vítima concreta, que as mais das vezes é posta de lado no processo penal, sendo

⁸⁸ Como já tivemos oportunidade de referir, em caso algum a pena poderá ter uma finalidade retributiva.

⁸⁹ Opondo-se a tal doutrina, Roxin, 1992, p. 143 e ss. nota que para admitir como uma verdadeira pena teríamos de repensar o sistema legal que não se coaduna com tal figura, por colocar em causa os fins da pena, mas já o seria se tal reparação, vista como um conceito mais amplo que a civil, se veiculasse por critérios de voluntariedade que apelam a algo mais que o dano civil, ao mesmo tempo que adota certas especificidades como o trabalho a favor da comunidade ou a valorização dos esforços (sérios) de compensação.

⁹⁰ Contudo, ainda assim admite que há elementos destas teorias que podem ser aproveitados, desde que aproveitados ao encontro das teorias preventivas da pena. Roxin, 1992, p. 146.

substituída pela comunidade e poderá permitir uma melhor ressocialização do autor, nomeadamente, no seu meio social. Assim, esta nova figura no âmbito das consequências jurídicas do crime permite uma concertação entre o agente e a vítima, mas note-se que em caso algum pode deixar de ter em vista uma ideia de prevenção e a promoção do restabelecimento da confiança e paz jurídica afetadas com a prática do crime, o que acabará por ir ao encontro da prevenção geral positiva. Assim, as finalidades das reações criminais – que visam repor o equilíbrio – em caso algum podem gerar uma nova situação de desequilíbrio, pelo que a atenção dada à vítima e a sua defesa não pode implicar a perda de direitos do autor e a preocupação com o mesmo.⁹¹

Capítulo III. A positivação de um sistema de justiça criminal restaurador

A função preventiva da justiça criminal inicia-se com a estatuição do tipo legal de crime e culmina com a imposição de uma reação criminal⁹², assumindo a última uma função essencial que deve ser ponderada de modo a que não se garanta à custa da vítima. Deste modo, não podemos olhar para a vítima apenas de uma perspetiva dogmática, pelo que temos de ter em atenção as necessidades concretas da mesma, encontrando um ponto de equilíbrio que considere, quer os interesses sociais protegidos pela norma, quer os interesses da vítima. É esse equilíbrio, ou pelo menos os seus traços gerais, que iremos propor seguidamente.

1. A consideração da vítima no plano do bem jurídico

As mais das vezes, o direito penal, apoiando-se no *ratio* de proteção da comunidade e dos valores que a mesma considera fundamentais, enaltece de tal forma os bens jurídicos e o caráter social dos mesmos que descarta o papel da vítima. Contudo, a visão do crime não pode ser consumida pela consideração da ofensa social, devendo ainda ter em atenção o interesse individual diretamente lesado com a conduta criminosa.⁹³ Poder-se-ia pensar que tal solução ao reorientar o direito penal para a vítima, acaba por beneficiar a mesma em demasia, mas não é verdade, já que a reparação em caso algum pode atender exclusivamente aos interesses da vítima, uma vez que tal iria contra os fins do direito penal e, como refere Hirsch, transformaria o direito penal num conflito entre autor e vítima.⁹⁴ Deste modo, trata-se de aproveitar potencialidades de uma possí-

⁹¹ Nesse sentido, Leite, 2014, pp. 582, 584, fala da necessidade de um sistema de “*checks and balances*” que permita um (prudencial) equilíbrio dos sujeitos processuais.

⁹² Palermo, 2005, p. 190.

⁹³ Eser, 1998, pp. 35 e ss. Para o autor, o conceito de bem jurídico deve ser repensado de forma a abranger não só o interesse geral, mas também o interesse individual, já que tal permitirá explicar de uma forma mais fácil a reparação como mecanismo penal. Acrescenta que, se temos em atenção o sujeito individual, agente do crime, também deveremos ter de igual modo atenção para com a vítima. Assim, o crime não deve atender apenas à ofensa social, devendo incluir-se no conceito de ilícito a dimensão individual que lhe é inerente – *v.g.*, através de um conceito de bem jurídico que além da lesão social, inclua a lesão individual, que justifique, assim, as finalidades preventivas e a dimensão da reparação individual. Apoiamo-nos nesse pensamento, considerando que o próprio conceito de bem jurídico deve ser tido em atenção e não deve menosprezar a vítima, atingida diretamente pelo facto ilícito. Veja-se ainda Faria, 2003, p. 290.

⁹⁴ Hirsch, 1992, p. 128.

vel dimensão consensual do crime, sem descurar a igualdade de armas das partes, como iremos referir *infra*.

2. A integração de elementos restaurativos na justiça criminal

A justiça tradicional atende, essencialmente, à vertente social do crime, enquanto a justiça restaurativa se foca na dimensão interpessoal do conflito.⁹⁵ Consideramos que não podemos priorizar um em detrimento de outro, devendo antes conciliar os dois aspectos de modo a encontrar a melhor solução para o problema. Assim, devemos desvanecer a oposição entre a justiça restaurativa e a justiça criminal, olhando para a primeira como uma oportunidade para aprimorar o sistema de justiça criminal de acordo com os princípios restauradores. Seguimos o pensamento de Walgrave quando afirma “A justiça restaurativa não é vista como um complemento para o sistema de justiça criminal tradicional, mas como uma filosofia que deve penetrar e modificar o sistema de justiça criminal”⁹⁶.

Conscientes de que o sistema tradicional ao priorizar o cumprimento da pena, por vezes, dificulta a reparação da vítima, notamos que as consequências jurídicas tradicionais nem sempre constituem o meio mais adequado para alcançar a reparação.⁹⁷ É, por isso, necessário um ponto de equilíbrio, o que poderá passar por priorizar as soluções consensuais tal como a defendida por Roxin, admitindo soluções restaurativas coercivas para os casos em que tal não seja possível, que serão alternativas ou substitutivas das penas tradicionais, dependendo das necessidades preventivas em causa. Assim, acreditamos que a solução passará por explorar os mecanismos já existentes na nossa lei, tais como os expostos no Capítulo I e orientar o nosso sistema de justiça criminal para uma vertente restaurativa.

3. Entre o consenso e a coerção

a. Um mecanismo primacialmente consensual: um outro tipo de mediação

Priorizamos a “terceira via” apresentada por Roxin de modo a encontrar soluções restaurativas que assentem na voluntariedade. Os processos deliberativos têm maior potencial para alcançar a reparação da vítima e a ressocialização do autor, pelo que, quando é possível, devemos dar a oportunidade aos envolvidos para resolver o conflito, desde que tal não ponha em causa as necessidades preventivas. Por esta via, é possível que se censure de igual modo a conduta do agente, apelando a uma responsabilidade ativa, restaurando o dano causado, o que permite ter em atenção a vítima e gerará uma situação de equilíbrio, emitindo uma mensagem pública de censura da conduta.

⁹⁵ Santos, 2014, p. 758.

⁹⁶ Walgrave, 2007, p. 575.

⁹⁷ Walgrave, 2007, pp. 567 e ss., nota que o sistema tradicional nem sempre permite uma boa comunicação com a vítima e o autor, que são os protagonistas da ação penal. Nesse sentido, v.g., o autor nem sempre compreende o sentido da sanção aplicada e, além disso, a vítima intervém como testemunha, pelo que as suas prestações são desconsideradas.

Contudo, consideramos que a mesma solução deve vingar dentro da estrutura do nosso processo criminal – que terá de ser repensado – e não através de um processo de mediação como o estabelecido na Lei 21/2007. Seguimos o entendimento do Conselho Superior de Magistratura⁹⁸, considerando que ao contrário do que acontece na mediação regulada pela Lei 21/2007, um mecanismo consensual deste tipo não pode prescindir da fase de inquérito (como se verifica nos casos do artigo 3º, nº1 da Lei mencionada), desde logo, porque é necessária uma ponderação quanto às exigências de prevenção e, além disso, a investigação criminal não pode ser descurada já que nada garante que o processo dê origem a um acordo. Deste modo, a promoção da reparação e de um acordo reparatório deve ser feita em sede do processo penal, devendo adaptar-se o processo a tal escopo reparatório⁹⁹. Assim, *v.g.*, a própria investigação criminal deve visar, não só apurar os factos e a culpa, mas também os danos causados pelo ato criminoso e o potencial de um acordo, optando por soluções restauradoras coercivas caso esse não seja possível.¹⁰⁰

Além disso, o modelo consensual adotado, terá de ser tutelado pela justiça criminal, *i.e.*, por um juiz que garanta um resultado aceitável, equilibrado e razoável, de modo a que a deliberação não conduza a resultados injustos, garantindo quer os direitos da vítima, quer os do autor.¹⁰¹ Assim, não basta um acordo sobre a verdade, já que tal conduziria a um excessivo poder modelador atribuído às partes – sendo necessário que essa verdade se sustente em provas legalmente admissíveis.¹⁰² Tal modelo implica a intervenção judicial, pelo que a reparação penal deverá ter como pressuposto uma sentença condenatória e em momento algum pode deixar de atender à culpa do agente, apoiando-se o julgador em critérios específicos quanto ao resultado previamente estabelecido pelo legislador, de modo a obviar a resultados punitivos e a garantir as necessidades preventivas.¹⁰³

⁹⁸ Parecer do Conselho Superior de Magistratura, Comentários ao Anteprojeto do Diploma de Mediação Penal, de 01-03-2006, disponível em www.csm.org.pt.

⁹⁹ A propósito da sua doutrina, Roxin, 2002, p. 13 lembrava que aceitar a reparação no âmbito do direito penal, obriga-nos a repensar as bases do direito penal e do direito processual penal, já que tal mecanismo terá consequências em todo o sistema.

¹⁰⁰ Nesse sentido, Walgrave, 2007, p. 573.

¹⁰¹ Ao contrário do que acontece na mediação penal, em que o mediador funciona apenas como um facilitador do diálogo.

¹⁰² Nesse sentido, será de considerar que só se deve permitir o acordo depois de produzida a prova, de forma a garantir que o autor não é sujeito a pressões.

¹⁰³ O controlo exercido pelo Ministério Público na mediação penal (artigo 5º, n.º 5 e 6º do diploma) parece-nos desadequado. Nesse sentido, concordamos com o Parecer supramencionado quando a propósito da mediação refere que o « acordo alcançado na mediação deverá ter a concordância do juiz, sempre que estejam em causa crimes públicos e sempre que, no caso dos crimes semipúblicos ou particulares, do acordo resulte o cumprimento pelo arguido de injunções de conduta ou medidas análogas às de natureza penal». Caso não haja a intervenção do juiz consideramos que a intervenção será inconstitucional, seguindo a linha de argumentação do Tribunal Constitucional no Ac. nº 7/87 de 9/02, que a propósito da suspensão do processo com injunções – que poderá consistir na reparação – considera que é obrigatória a intervenção de um juiz. Consideramos que tal pensamento deverá ser transposto para a solução que propomos, além de que, caso haja acordo é necessário prever certo tipo de fiscalização para o seu cumprimento, de modo a não o tornar inócuo, sendo que em caso algum tal fiscalização pode recair sobre a vítima. Veja-se ainda o Parecer da Ordem dos Advogados n.º 05/06, de 09-10-2006. Em sentido contrário, considerando que tal solução é admissível veja-se Santos, 2014, p. 483.

Por fim, consideramos ainda que tal mecanismo pode ser cumulativo ou alternativo às penas tradicionais, pelo que ficará a critério do juiz de acordo com as necessidades preventivas.

b. Soluções coercivas

A solução em caso algum pode ficar no exclusivo poder da vítima. Deste modo, caso não haja concordância da mesma ou uma outra razão que não permita o acordo, é de admitir uma ponderação do juiz quanto à adequação de uma consequência restauradora alternativa ou cumulativa à pena.¹⁰⁴ Assim, haverá casos em que não há um acordo, mas o juiz considera que este constituirá um mecanismo pedagógico, pelo que determina uma consequência restauradora. Pense-se no caso de alguém que vandaliza um muro, escrevendo ofensas contra a vítima – nesse caso, se o autor tiver algum poder económico, compensar-lhe-á, ainda que no seu pensamento moral, praticar o crime e até pagar uma multa, pelo que talvez se revele mais adequado e ressocializador determinar que o mesmo terá de pintar o muro, de modo a se deparar com as consequências da sua conduta.

4. Um mecanismo materialmente penal

As finalidades preventivas da pena garantem que tais reações se enquadram nos fundamentos jurídico constitucionais, pelo que independentemente do modelo defendido a introduzir, a reparação no âmbito penal tal terá de ser materialmente penal. Assim, a reparação não se limita ao dano civil, incluindo um “dano relacional” e um “dano social”, razão pela qual se incluem os casos de tentativa, que implicam uma lesão da relação interpessoal.¹⁰⁵

A reparação poderá constituir num valor pecuniário que terá de se distinguir da indemnização civil atendendo, por isso, a fatores de determinação da medida da pena e a finalidades preventivas.¹⁰⁶ Além disso, podemos ainda acolher outras formas de reparação como as previstas no artigo 11º da Lei 166/99, de 14 de setembro: pedido de desculpa, compensação económica ou prestação da trabalho a favor do ofendido. Nos casos em que não haja um dano material – pense-se nos crimes de perigo – poder-se-á pensar,

¹⁰⁴ Em sentido contrário, Santos, 2014, pp. 169 e ss. e 313 e ss., considera que a justiça restaurativa não penetra o sistema tradicional, pelo que funciona à parte deste, já que têm finalidades distintas: a justiça restaurativa visa, em primeira linha, atender ao dano e a uma resposta mais ressocializadora do autor – havendo uma pacificação da relação interpessoal – enquanto a justiça penal visa primordialmente a pacificação da comunidade, ainda que mediamente tenha em atenção os interesses da justiça restaurativa. Para a autora, defensora de um modelo minimalista, deve dar-se prevalência ao processo, pelo que caso não seja possível um acordo voluntário não é possível impor-se soluções restaurativas em sede de justiça restaurativa, o que não impede que em certos casos haja a adoção de práticas restaurativas cumulativas com as medidas criminais.

¹⁰⁵ Nesse sentido, Santos, 2014, p. 380.

¹⁰⁶ Faria, 2003, p. 281, atenta que a sanção reparatória é particularmente adaptável ao direito penal, tendo em conta o nosso sistema e os critérios para a determinação da medida da pena. Evitando a distorção do princípio da igualdade, na determinação da medida concreta, quando está em causa um valor pecuniário, pelo menos na parte que excede o valor do dano civil, podemos ter em conta, *v.g.*, a condição económica do autor ou o esforço do mesmo para reparar a situação. A ser assim, notamos que tal precludirá a pretensão civil. Consideramos que se deve dar prioridade às prestações que englobem a reparação civil, contudo, subsidiariamente podem ser consideradas outras formas de reparação, *v.g.*, a simbólica.

também, na prestação de trabalho a favor da comunidade ou frequência de cursos de formação, de modo a que não haja violação do princípio da igualdade, i.e., a não se tratar (mais) favoravelmente os crimes em que há um dano concreto.¹⁰⁷

Deste modo, adotamos um conceito amplo de reparação, que ultrapassa a dimensão patrimonial e que terá de ser o legislador a determinar de modo a cumprir o princípio da legalidade. Estamos conscientes que tal não se revelará uma tarefa fácil, já que se terá de encontrar um ponto de equilíbrio que terá de ser mantido, posteriormente, pelo julgador.

5. A dimensão individual dos tipos legais de crime

Não descuramos o princípio da dignidade penal, pelo que os bens jurídicos a ter em consideração terão imperiosamente de ser os que são aceites pela sociedade como fundamentais. Contudo, consideramos que tais soluções devem focar-se nos tipos legais de crime que tutelam uma dimensão individual importante, como é o caso dos que têm em atenção a integridade física e a honra.¹⁰⁸

Apesar de este aspeto merecer um estudo mais aprofundado, notamos que haverá crimes sem vítimas em que se deverá visar a reparação – simbólica ou perante a comunidade – de modo a não tratar mais favoravelmente os casos em que há uma vítima concreta. Acresce que, nos casos em que o crime não tem uma dimensão individual importante, tal solução também será de admitir, basta pensarmos no caso de crimes ambientais em que a restauração pode ser feita, *v.g.*, em prol dos residentes mais próximos da área afetada.¹⁰⁹

A aplicação da reparação enquanto mecanismo alternativo deve ser pensada para a pequena e média criminalidade, enquanto na restante poderá aparecer como complemento da pena – pense-se nos casos da criminalidade organizada supramencionada a propósito das considerações de Palermo. Por esta via, a reparação pode revelar-se (mais) eficaz na defesa das expectativas comunitárias, podendo tornar desnecessária a aplicação de uma outra reação penal, sendo que será a gravidade do crime que irá determinar se será um meio substitutivo ou complementar.

6. As garantias das partes envolvidas e os princípios jurídico-constitucionais

Ao priorizar um mecanismo flexível e informal, não podemos esquecer que o mesmo tem de se articular com os princípios de um Estado de Direito. Assim, apesar de este ser um modelo que se baseia na justiça restaurativa, deve atender aos padrões da justiça criminal tradicional, revelando-se crucial atender ao princípios e preocupações fundamentais do direito penal¹¹⁰.

¹⁰⁷ Isto porque a nossa conceção visa a vítima, i.e., todos os que foram prejudicados pelo ilícito criminal e não apenas o ofendido como acontece na mediação penal.

¹⁰⁸ Deste modo, perante a lesão de um bem jurídico, *v.g.*, integridade física, passaremos a atender não só ao bem jurídico coletivo, mas também ao bem jurídico concretamente afetado.

¹⁰⁹ Santos, 2014, p. 598.

¹¹⁰ Walgrave, 2007, p. 561.

Deste modo, seguimos o pensamento de Walgrave quando considera que a intervenção pública será necessária, mesmo no âmbito deste mecanismo, de modo a que a confiança da comunidade nas autoridades não se perca.¹¹¹ O Estado atua de modo a salvaguardar o direito das partes, apurando a culpa e a responsabilidade de ambas e, por fim, a razoabilidade do acordo no caso de este existir. Caso haja um processo consensual, a intervenção judicial limitar-se-á à tutela dos direitos e à salvaguarda das finalidades preventivas¹¹², enquanto nos casos em que tal não seja possível, o Estado atuará como ator principal impondo uma medida restaurativa.

Temos de ter sempre presente que os direitos, liberdades e garantias só podem ser restringidos nos casos excepcionais previstos na lei (artigo 18º CRP), pelo que tal mecanismo e o seu processo terá de ser exaustivamente regulado pela lei penal. Será necessário construir o sistema processual de modo a criar mecanismos que facilitem o consenso fomentado por tal solução, complementando o direito atual com regras especiais para esta solução.¹¹³ Note-se ainda que se deve ter em atenção as dificuldades que a reparação pode causar ao autor de modo a não a tornar desproporcional¹¹⁴, evitando sobrepor a vítima ao autor, combatendo um desequilíbrio com um outro.

Conclusão

No presente estudo desafiamo-nos a compatibilizar a reparação com os fundamentos dogmáticos do direito penal, de modo a integrar a reparação no domínio penalista. Essa integração, independentemente do modo como seja feita, tem consequências em todo o sistema, pelo que a análise da figura nos obriga a visitar e até mesmo repensar as bases do direito penal e do direito processual penal.

A justiça penal já acolhe a ideia da reparação, contudo, atendendo aos interesses da vítima é possível ir mais longe na consideração do papel da reparação no seio do direito penal. A proteção do bem jurídico penal não implica uma desconsideração pelos interesses da vítima, antes pelo contrário. Assim, entendemos que é possível compatibilizar estes dois interesses, criando um mecanismo (substitutivo ou alternativo) que embora vise, primordialmente, uma solução consensual, não reduz o conflito a uma situação *inter partes*, uma vez que tutela também o interesse social protegido pela norma incriminadora.

Através de um mecanismo restaurativo, a vítima poderá ter uma maior intervenção no conflito, reduzindo-se, assim, os efeitos da vitimização, podendo os seus interesses ser melhor acautelados do que pela via de uma pena de prisão. Por outro lado, o autor através de uma resposta menos punitiva e mais restauradora, terá uma conduta ativa face ao mal causado, defrontando-se com as consequências da sua conduta, assumindo a

¹¹¹ Walgrave, 2007, p. 564. O mesmo nota que a confiança da comunidade pode ser garantida por mecanismos formais ou informais – Walgrave, 2002, pp. 84 e ss.

¹¹² Assim, o juiz terá de apurar se o acordo não é desproporcional a alguma das partes e, além disso, se as finalidades preventivas subjacentes ao direito penal estão cumpridas no caso. Caso não estejam cumpridas, o juiz deve modificar o acordo *ex officio*.

¹¹³ Torna-se essencial adaptar o direito processual penal à solução apresentada, garantindo o direito ao contraditório podendo, por isso, o arguido urgir-se contra a reparação até à decisão final. Nesse sentido, veja-se Roxin, 2002, p. 14.

¹¹⁴ Walgrave, 2007, p. 566.

sua responsabilidade, fomentando uma mútua compreensão. Por fim, poderá constituir ainda um meio de reforçar os laços comunitários. Trata-se, por isso, de mudar o olhar do autor que centra a sua defesa na vítima, olhando para a mesma como um obstáculo, ignorando pretensões restauradoras. Este poderá constituir um mecanismo mais eficaz em relação a determinadas condutas. O essencial reside em analisar perante o caso concreto se a reparação é capaz de atender aos interesses da vítima, ao mesmo tempo que garante as expectativas comunitárias, neutralizando o evento passado.

Estamos conscientes que esta questão merecerá um maior aprofundamento, já que só desse modo é que poderemos dar uma resposta segura sobre o tema. Assim, os detalhes de elaboração deste mecanismo excedem a estrutura deste estudo, já que exigirão um repensar de mecanismos processuais. Contudo, consideramos que é de admitir que o direito penal integre elementos restaurativos, promovendo espaços de consenso e uma maior intervenção da vítima.

Pelo exposto, reconhecemos a importância do debate, pelo que tal solução deverá ser desenvolvida para atenuar os efeitos do crime nas vítimas diretamente lesadas. A bondade de uma solução que intensifique a reparação no seio da doutrina penal pode ser discutida, até porque há fragilidades que merecem um estudo mais exaustivo, mas esperamos ter dado o nosso contributo de forma a permitir uma abertura de espírito que admita ponderar a sua inclusão no domínio penal.

Referências bibliográficas

- ALBUQUERQUE, P.P. (2015). *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Universidade Católica Editora.
- ANTUNES, M.J. (2017). *Penas e medidas de segurança*. Coimbra: Almedina.
- CARVALHO, A.M. (2011). *Direito penal, parte geral, questões fundamentais, teoria geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora.
- CUNHA, J.D. (1998). A participação dos particulares no exercício da ação penal (alguns aspetos). *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 8, Fase 4, outubro-dezembro.
- DIAS, J.F. (2007). *Direito penal – Parte geral – Tomo I: Questões fundamentais da doutrina geral do crime*, 2.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, J.F. (1993). *Direito penal português – Parte geral II – As consequências jurídicas do crime*. Editorial Notícias.
- DIAS, J.F. (1966). Sobre a reparação de perdas e danos arbitrada em processo penal. In *Estudos “in memoriam” do Prof. Doutor José Beleza dos Santos*. Coimbra: Coimbra Editora.
- ESER, A. (1998). *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima* (trad. Manuel Cancio Meliá). Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.
- FARIA, M.P.R. (2003). A reparação punitiva – uma terceira via na efetivação da responsabilidade penal. In Andrade, M.C., et al., *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora.
- GARCIA, M.M. & CASTELA RIO, J.M. (2014). *Código Penal Parte Geral e Especial com notas e comentários*. Coimbra: Almedina.
- HIRSCH, H.J. (1992). La reparación del daño en el marco del derecho penal material (trad. Elena Carranza). In Maier, J.B.J. (comp.). *De los delitos y de las víctimas*. Ad Hoc, S.R.L.
- LEITE, A.L. (2014). Alguns claros e escuros no tema da mediação penal de adultos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 4.
- McCOLD, P. & WATCHEL, T. (2002). Restorative justice theory validation. In Weitekamp, E.G.M. & Kerner, H-J. *Restorative justice: theoretical foundation*. Willan.
- MONTE, M.F. (2003). Da reparação penal como consequência jurídica autónoma do crime. In Andrade, M.C., et al. *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora.
- MONTE, M.F. (2012). Multiculturalismo e tutela penal: uma proposta de justiça restaurativa. In Dias, A.S. et al. *Multiculturalismo e direito penal*. Coimbra: Almedina.
- MOURA, J.A.S. (2005). As vítimas de crimes: contributo para um debate transdisciplinar. *Revista do Ministério Público*, n.º 103.
- PALERMO, P.G. & SANCHÉZ, A.R. (2001). Criminalidad organizada y reparación. ¿Puede la reparación ser un arma político-criminal efectiva en la lucha contra la criminalidad organizada?. *Derecho Penal y Criminología, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. 20, n.º 73.
- PALERMO, P.G. (2005). ¿La reparación del daño como ‘tercera vía’ punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin. *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, n.º 3.
- Parecer da Ordem dos Advogados n.º 05/06, de 09-10-2006.

Parecer do Conselho Superior de Magistratura, Comentários ao Anteprojeto do Diploma de Mediação Penal, de 01-03-2006, disponível em www.csm.org.pt.

ROXIN, C. (1992). La reparación en el sistema de los fines de la pena (trad. Julio B.J. Maier y Elena Carranza). In Maier, J.B.J. (compilador). *De los delitos y de las víctimas*. Ad Hoc, S.R.L.

ROXIN, C. (2002). Pena y reparación. *Anuario del Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LII, MCMXCIX.

SANTOS, C.C. (2014). *A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra Editora.

WALGRAVE, L. (2002). From community to dominion: In search of social values for restorative justice. In Weitekamp, E.G.M. & Kerner, H.-J. *Restorative justice: Theoretical foundation*. Willan.

WALGRAVE, L. (2007). Integrating criminal justice and restorative justice. In Johnstone, G. & Van Ness, D.W. *Handbook of restorative justice*. Willan.

WALGRAVE, L. (2008). *Restorative justice, self-interest and responsible citizenship*. Willan.

ZERNOVA, M. & WRIGHT, M. (2007). Alternative visions of restorative justice. In Johnstone, G. & Van Ness, D.W. *Handbook of restorative justice*. Willan.

A substituição de grevistas:
Da hermenêutica da proibição de substituição
no âmbito dos conflitos coletivos

Rafael de Sousa

Sob a orientação da
Prof. Doutora Catarina de Oliveira Carvalho

*“In Egypt’s sandy silence, all alone,
Stands a gigantic Leg, which far off throws
The only shadow that the Desert knows: -
“I am great OZYMANDIAS,” saith the stone,
“The King of Kings; this mighty City shows
“The wonders of my hand.”— The City’s gone, -
Nought but the Leg remaining to disclose
The site of this forgotten Babylon.
We wonder, - and some Hunter may express
Wonder like ours, when thro’ the wilderness
Where London stood, holding the Wolf in chace,
He meets some fragment huge, and stops to guess
What powerful but unrecorded race
Once dwelt in that annihilated place.”
HORACE SMITH, Ozymandias*

Agradecimentos

Mais um ano, mais um ciclo concluído, mais outro que se há de iniciar.

Momentos melhores e momentos piores alternaram e dançaram nas margens do rio de onde fluímos. Mas nenhum Homem é uma ilha e não fossem as pontes com os outros que se foram erguendo e cimentado, já há muito que estaria à deriva num mar da minha própria criação. Por todos aqueles que, pelos seus contributos e incentivos, garantiram a minha persistência.

À minha mãe, Paula, por ter sacrificado mais do que alguma vez seria humanamente exigível, temporal, material, espiritual e emocionalmente, para garantir que eu chegasse tão longe quanto as minhas asas me permitissem. Dar-me-ei por feliz se conseguir fazer por ela uma fração do infinito que ela fez por mim.

Ao meu irmão, Leonardo, pelos gostos partilhados e pelas discussões sentidas que, por mais quentes que acabassem, o passar do tempo revelava sempre certa a confluência, num e noutra, dos diferentes pontos de vista. Nada mais se pode pedir de uma boa conversa.

À minha irmã, Margarida, cuja diferença de idades me permitiu ter um papel no seu desenvolvimento pessoal e académico. Por mais rígido que por vezes eu tenha sido, consegue sempre deixar-me mais orgulhoso do que alguma vez acharia possível.

Aos meus avós, Francisco e Dina, meus segundos pais em todas as aceções da palavra, cujas histórias de vida me fixaram por tempos sem fim. Ver o cintilar de orgulho nos seus olhos é só por si razão suficiente para querer continuar em frente.

Ao meu padrinho, Zé, pelo apoio incondicional e pela atitude compreensiva que sempre mostrou. Raros são os que conseguem dar tanto e pedir tão pouco em retorno.

Aos meus colegas e amigos, em especial aos de *Paris*, com os quais o tempo passado, por virtude da vida, já não é tanto como outrora, mas que sempre se mostraram prontos a dialogar sobre as questões que foram surgindo ao longo da escrita.

À minha orientadora, Professora Doutora Catarina Carvalho, pela abertura à discussão dos problemas organizativos e jurídicos que foram surgindo, pela incansável dedicação à minha jornada e, especialmente, pela compreensão e pela amabilidade com que me acompanhou.

Resumo

No artigo 535.^o do Código do Trabalho encontra-se consagrada a proibição de substituição de grevistas. Apesar de ser um princípio basilar no âmbito do sistema de greve português desde o início da Terceira República, com origens datáveis a um momento anterior à Constituição da República Portuguesa de 1976, vê-se nele um parco, mas paradoxalmente constante desenvolvimento legislativo, aliado a uma falta de aprofundamento pela doutrina e jurisprudência, que salvo raras exceções apenas confirmam a sua existência. Os desenvolvimentos das últimas décadas a nível tecnológico e empresarial-societário, por permitirem aos empregadores resultados próximos aos proibidos pela norma, levantam inúmeras questões jurídicas referentes ao âmbito material e temporal daquela proibição. Nesse sentido, a presente dissertação centrar-se-á, num primeiro momento, no *logos* da proibição associado ao direito constitucional à greve, passando para a sua densificação normativa. Num segundo momento, analisaremos algumas das questões mais prementes que lhe estão ligadas, apresentando as situações classicamente reconduzidas ao âmbito da proibição. Finalmente, desenvolveremos possíveis vias de resolução dos problemas apresentados, por recurso à interpretação conforme à constituição, à doutrina do abuso de direito e à interpretação extensiva do artigo 535.^o. O recurso à experiência comparada mostrar-se-á fundamental para a abertura de vias de discussão e resolução de problemas passíveis de ocorrer na nossa ordem jurídica.

Palavras-chave: Direito à greve; greve; substituição de grevistas; proibição de substituição de grevistas (interpretação); abuso de direito.

Abstract

Article 535 of the Labour Code contemplates the prohibition to replace strikers. Even though it has been a fundamental principle of the Portuguese strike system since the beginning of the Third Republic (even before the Constitution of the Portuguese Republic of 1976), its legislative development has been meagre, yet paradoxically constant, coupled with a lack of depth from legal literature and case-law, which rarely do more than confirm its existence. The technological and corporate developments beheld in the past few decades, responsible for allowing employers to achieve similar results to those prohibited by the norm, are followed by numerous legal questions referent to the material and temporal extension of the prohibition. Thus, this dissertation will start by focusing on the *logos* of the prohibition, associated with the constitutional right to strike, followed by its normative densification. In a second moment, we will analyse some of the most pressing questions connected to it, presenting the situations classically subjected to the scope of the prohibition. Finally, we will develop possible paths to resolve the presented problems, by resorting to the interpretation in accordance with the constitution, the doctrine of the abuse of right, and the interpretative extension of article 535. This comparative experience will prove to be a fundamental resource for the discussion and resolution of problems that may occur in our system.

Keywords: Right to strike; strike; replacement of strikers; prohibition of replacement of strikers (interpretation); abuse of right.

Abreviaturas

AA.VV.	Autores Vários
Ac./Acs.	Acórdão(s)
Art./Arts.	Artigo(s)
AÜG	<i>Arbeitnehmerüberlassungsgesetz</i> , aprovada a 7/8/1972, na sua versão atualizada a 1/4/2017
CE	<i>Constitución Española</i>
CEACR	Comissão de Especialistas para Aplicação das Convenções e Recomendações (da Organização Internacional do Trabalho)
CEDS	Comité Europeu dos Direitos Sociais (do Conselho da Europa)
CDESC	Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas
Cf.	Confrontar
CLS	Comité de Liberdade Sindical (da Organização Internacional do Trabalho)
CRP	Constituição da República Portuguesa, aprovada pelo Decreto de 10/4/1976, na sua versão atualizada pela Lei n.º 1/2005, de 12/8
CT	Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12/2, na sua versão atualizada pelas Leis 90/2019, de 04/09 e 93/2019, de 04/09
CTo3	Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27/8, na sua versão atualizada pela Lei 59/2008, de 11/09 [revogado pela Lei 7/2009, de 12/02]
DL	Decreto-Lei
DLG	Direitos Liberdades e Garantias
ETT	Empresa de Trabalho Temporário
<i>I.e.</i>	<i>Id est</i>
N.º/N.os	Número(s)
OIT/ILO	Organização Internacional do Trabalho / <i>International Labour Organization</i>
P./Pp.	Página(s)
PGR	Procuradoria Geral da República
PPGR	Parecer da Procuradoria Geral da República
RDL	<i>Real Decreto-Ley</i>
STC/SSTC	<i>Sentencia(s) del Tribunal Constitucional España</i>
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
STS/SSTS	<i>Sentencia(s) del Tribunal Supremo de España</i>
STSJ/SSTSJ	<i>Sentencia(s) del Tribunal Superior de Justicia</i>
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, anexado ao Tratado de Lisboa, assinado a 13/12/2007 e que entrou em vigor a 1/12/2009
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRE	Tribunal da Relação de Évora

TRL Tribunal da Relação de Lisboa
TRP Tribunal da Relação do Porto

Indicações de leitura

Quaisquer referências ao longo desta dissertação ao Código do Trabalho e a artigos desacompanhados da respetiva fonte legislativa devem ser consideradas, salvo indicação em contrário, como reportando-se ao Código aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, com as suas sucessivas alterações.

A regra de citação adotada reconduz-se ao sistema autor-data, pelo que as referências bibliográficas serão sempre apresentadas pelo nome do autor, seguido do ano de publicação da edição da obra referenciada e da página ou conjunto de páginas citadas. Em face da existência de obras do mesmo autor datadas do mesmo ano, foram a cada uma delas adicionadas letras alfabéticas, com idêntica correspondência na bibliografia final. Nas situações em que se faça referência a uma obra na sua globalidade, apenas se inserirá o nome do seu autor e a sua data de publicação.

A bibliografia final contém o conjunto das obras citadas, ordenada por ordem alfabética dos apelidos dos autores, com cada um dos artigos ou monografias destes dispostos pela ordem cronologicamente inversa à da publicação.

As decisões jurisprudenciais nacionais encontram-se referenciadas, no texto, apenas pela abreviação Ac., seguida da abreviatura do respetivo tribunal e da data do acórdão. Os pareceres da Procuradoria Geral da República são por sua vez registados através da indicação parecer PGR, seguida da sua data de publicação. Em sede de aglomeração final encontrar-se-ão igualmente o respetivo n.º de processo e a menção do seu relator. Todos os acórdãos e pareceres aludidos foram consultados, salvo indicação em contrário, em sede de índice jurisprudencial, em www.dgsi.pt no tocante aos emitidos por tribunais superiores e pela PGR e, no respeitante ao Tribunal Constitucional, em <http://www.tri-bunalconstitucional.pt/tc/acordaos>.

As decisões e pareceres de tribunais e organismos estrangeiros foram feitos nos mesmos trâmites que as nacionais. No referente a Espanha, as sentenças de tribunais superiores foram consultadas em <http://www.poderjudicial.es/search/>. Já as do Tribunal Constitucional Espanhol assim como as sentenças e decisões dos restantes tribunais estrangeiros, dos órgãos da Organização Internacional do Trabalho e da Organização das Nações Unidas têm as suas fontes enunciadas na listagem final.

As transcrições de fontes estrangeiras foram, por opção pessoal, mantidas na sua língua original, de forma a evitar a perda do seu sentido original.

Índice

1. Considerações prévias	9
2. Do direito à greve à proibição de substituição de grevistas	9
3. A consagração legal da proibição	11
4. Uma rosa por qualquer outro nome	13
4.1. A substituição externa	13
4.2. A substituição interna	16
4.2.1. A transferência	16
4.2.2. A atividade contratada e o <i>ius variandi</i>	17
4.2.3. O tempo de trabalho	20
4.3. A externalização dos serviços	22
5. Hermenêutica da proibição e limites do poder de direção	24
5.1. Razão de ordem	24
5.2. Interpretação <i>a contrario sensu</i> e interpretação conforme à Constituição	25
5.3. Do abuso do poder de direção e da boa fé	29
5.4. Da interpretação extensivo-teleológica e da fraude à lei	32
6. Notas conclusivas	35
7. Bibliografia	37
8. Jurisprudência	42

1. Considerações prévias

A obsolescência normativa da proibição legal de substituição de grevistas contrasta com a transformação dos conflitos laborais coletivos – com novas vestes e consequências – no que às atitudes e formas tradicionais de reação dos empregadores diz respeito. A forma tradicional de afrontamento empresarial à greve, consubstanciada na resistência passiva dos empregadores em face das demandas, perdeu grande parte da sua efetividade, ao colocar os empregadores em face do inevitável incumprimento de compromissos inadiáveis. As novas formas de organização produtivo-empresarial e de colaboração societária, aliadas ao incremento da tecnicização e atomização laboral, dão um renovado folgo ao poder de reação dos empregadores¹.

A classificação de greve *típica* avançada pelo nosso ordenamento, centrada na cessação da prestação laboral, justifica as dificuldades interpretativas relativas às atuações do empregador tendentes a minimizar os efeitos daquela.

É com estas considerações em mente que expomos uma proposta de aproximação casuística às principais situações abrangidas pela norma, mormente no tocante à mobilidade funcional e geográfica, ao tempo de trabalho e à externalização dos serviços, a culminar na apresentação de uma possível solução. De fora desta versão final ficarão, com muita pena e dada a limitação de extensão deste tipo de dissertações, o alcance subjetivo da proibição, a substituição tecnológica, a transferência da produção, as consequências da substituição ilícita e o impacto da proibição nas microempresas.

2. Do direito à greve à proibição de substituição de grevistas

O direito à greve tem assento constitucional no art. 57.º CRP, sendo reafirmado e explicitado como irrenunciável pela legislação ordinária (art. 530.º); é o corolário da sua natureza de DLG² jusfundamental³.

Independentemente do conceito de greve pelo qual optemos em face da sua indefinição deliberada, podemos reconduzi-la à noção genérica de *abstenção, omissão ou paralisação coletiva e concertada da prestação laboral, tal como é devida, geralmente enquanto forma de pressão sobre o empregador, por parte de um conjunto de trabalhadores com a finalidade de satisfazerem interesses comuns*⁴, independentemente da capacidade do empregador de satisfazer as reivindicações⁵.

Na verdade, a construção do direito à greve operada pelo legislador constituinte foi realizada, por razões históricas, e ainda que de modo salomónico na sua modelação concreta [Gouveia 2003, p. 144], de uma forma paternalista [Ramalho, 2015, p. 528], como “instrumento corretor de desequilíbrios” [Marques, 2011, p. 178], na base da cons-

¹ Cfr. Valdés Dal-Ré, 2019, pp. 129 ss., Cordero Gordillo, 2019, p. 341, Táscon López, 2018, p. 94.

² Desenvolvendo-o, Fernandes, 2013, pp. 30 e 31.

³ Enquadrado no âmbito “dei diritti tipiche ineriscono alla condizione soggettiva dei lavoratori”, assumindo uma “funzione strumentale corrispondente al generale principio di elevazione e di progresso della personalità umana” [Santoni, 1999, pp. 18 e 19].

⁴ Noção relativamente pacífica na doutrina nacional [Lambelho, 2018, p. 554, Canotilho & Vital Moreira, 2007, pp. 752-753, Leite, 2004, p. 280, Abrantes, 2014, pp. 75-76, Gomes, 2013, p. 63, Xavier, 1984, p. 55, Fernandes, 2017, p. 868, Ramalho, 2015, p. 439, Martinez, 2017a, p. 1218] e na jurisprudência [Acs. STJ 4/10/1995 e TRE 8/6/2017 e o PPGR 6/2019], dada a sua flexibilidade jurídica.

⁵ Cfr. Leite, 2004, pp. 188-189 e o Ac. TRE 22/6/2004.

tatação da não igualdade material fáctica de posições entre empregador e trabalhadores, não só no seio da relação laboral mas especialmente dos conflitos coletivos, por força da subordinação jurídico-económica destes em face daquele e com o consequente objetivo de criar uma real paridade material de armas onde, sem a sua intervenção, no âmbito da completa autonomia das partes numa economia de mercado, esta não existiria⁶.

Ora, esta pretensão cujo expoente máximo de limitação da autonomia privada passa pela proibição, sem mais, do lock-out na versão atual do art. 57.º/4 CRP (reafirmado no art. 544.º/2), claramente acoplada ao reconhecimento e garantia do direito à greve, levam-nos a concluir que o legislador constituinte, na senda do princípio da socialidade inscrito no art. 2.º CRP, pretendeu não só consagrar o direito à greve mas também e principalmente garanti-lo.

O próprio TC sufraga pelo menos parte deste entendimento de justiça material, tendo concluído, no Ac. 480/89, haver “fundamento material bastante” para a proibição daquele mecanismo, em face da posição material das partes.

Pelo que parece defensável afirmar que a CRP não consagra um direito à greve cujo conteúdo essencial inderrogável passe pela mera garantia do seu exercício, mas antes pela garantia de efetivação de um certo nível de dano na esfera jurídica do empregador [Correia, 1980-1, p. 235], incorporando-se nesse conteúdo a “preservación de su eficacia para interrumpir la actividad productiva” [Grau Pineda, 2018, p. 119]⁷.

Pois se é certo que o direito à greve é *sui generis* mesmo entre os direitos fundamentais consignados dentro e fora do catálogo, dado o seu carácter de direito singular de exercício coletivo⁸, continua ainda assim a reconduzir-se à ideia de paralisação da produção em unidades empresariais alheias ao património pessoal dos grevistas por forma a verem-se cumpridas reivindicações comuns. Trata-se, conforme Canotilho & Vital Moreira [2007, p. 751], de um *direito subjetivo negativo*; mas também de um *direito potestativo*⁹. Ou, na expressão idiomática de Orlando de Carvalho [2012, p. 136], de “uma situação de poder que tem como reverso uma situação de sofrer”.

Compreendemos que se mostra aliciante limitar os efeitos da ativação deste direito potestativo à mera modificação da relação obrigacional entre empregador e trabalhador. Um direito potestativo, enquanto mecanismo de regulamentação do Direito, tem sempre

⁶ Assim, o PPGR 35/2018.

⁷ Igualmente, Aguilar del Castillo, 2018, p. 5.

⁸ Por todos, Canotilho & Moreira, 2007, p. 754, Martinez, 2017a, p. 1350, Fernandes, 2013, p. 31. Semelhantemente, mas entendendo o exercício em termos amplos, Carvalho, 2011a, p. 206. Reconduzindo-o a um direito complexo com uma componente individual e outra coletiva, Ramalho, 2015, p. 516 e Leite, 2001, p. 277 e pondo a tónica na titularidade conjunta, Nogler, 2018, p. 21. Entendendo-o como um direito coletivo adjetivo de titularidade sindical e atuação individual, Xavier, 1984, p. 258.

⁹ Enquanto modalidade de direito subjetivo *lato sensu*, dependente da vontade dos titulares, produtor de efeitos jurídicos que se impõem a uma contraparte [Pinto, 2012, p. 183]. Ainda que se compreenda a aversão à classificação da greve como direito potestativo – que a PGR considerou possível [PPGR P000011999] –, dado o carácter reforçado deste em face do direito subjetivo *stricto sensu*, parece-nos ser esse o melhor encaixe do direito. É verdade que se pode arguir o enquadramento deste nesta última classificação, considerando-se que o seu acionamento criaria um mero dever de *non facere* na esfera jurídica do empregador. Mas um dos efeitos legais da adesão à greve – e que se consubstancia na condição material para o seu reconhecimento – é a suspensão do contrato de trabalho do trabalhador aderente (art. 536.º). A qual ocorre na sequência de uma modificação unilateral temporária, i.e., do acionamento de um direito potestativo modificativo que provoca uma modificação objetiva por alteração do conteúdo na relação obrigacional complexa que é contrato de trabalho [Pera, 1980, p. 262 e Fernandes, 2013, p. 31].

na génese da sua ativação a intenção de alcançar uma certa finalidade. Contudo, no caso do direito à greve, essa finalidade raramente passará pela mera modificação na relação. Esta será uma mera consequência indireta da sua finalidade mais imediata: a satisfação de interesses apenas alcançável com o desferimento de um golpe na esfera patrimonial do empregador. É a arguição do direito à greve como *instrumental*, inapto a satisfazer *per se* os interesses dos seus titulares por mero ato do seu exercício [Palma Ramalho, 2000, p. 875].

Pelo que reconduzir o seu conteúdo essencial à mera garantia de exercício, seria resigná-lo a uma qualquer vala comum; em especial numa altura em que as inovações tecnológicas e jurídicas permitem suprir, das mais variadas formas, a ausência temporária dos grevistas, muitas vezes pelo mero reemprego dos seus *salários*. Não será apenas o impedimento ou repressão da execução da greve que atacará o núcleo essencial do direito.

Reconduzindo-se a greve a uma ação direta cujo sucesso depende da adesão e do grau de perturbação causado ao adversário [Monteiro Fernandes, 2013, p. 58], aquele direito encontrar-se-á efetivamente neutralizado quando os seus efeitos potenciais se mostrem inexistentes¹⁰. É esta a materialidade que se retira do art. 57.º CRP.

Pois como apontam Canotilho & Vital Moreira [2007, p. 753], a Constituição não se limita a reconhecer o direito à greve: “é enfática também em garanti-lo”¹¹, salvaguardando os trabalhadores de condutas da entidade empregador ou de terceiros que aniquilam esses efeitos. Pelo que ainda que não se garanta o seu resultado positivo, certamente se proíbem comportamentos aptos a limitar o seu resultado hipotético.

É neste quadro do acautelamento da neutralização dos efeitos da greve [Jorge Leite, 1994, p. 83], no seio da relação entre normas ordinárias e constitucionais, que se encaixa a *proibição da substituição* do art. 535.º, em discorrência daqueloutro art. 57.º CRP, enquanto meio *adequado necessário e não excessivo* para garantir a eficácia prática do direito¹²; para prevenir o esvaziamento do conteúdo prático do direito de greve [Brito Correia, 1981, p. 235 e Lambelho, 2018, p. 555] e impedir “o recurso a quaisquer meios alternativos de realização do fim económico-produtivo a que conduz o seu processo normal de laboração” [Monteiro Fernandes, 1982, pp. 43 e 83]¹³.

3. A consagração legal da proibição

A proibição já se encontrava na primeira lei da greve [DL n.º 392/74, de 27/8]. Mas a sua inserção num artigo (14.º/2) de epígrafe dedicada à *liberdade de trabalho*, aliada à parca densificação e à própria análise sistemática da norma, transpiravam uma intenção de impregnar o sistema de um espírito de paridade de armas cujo efeito prático seria o de fazer o pêndulo da força de negociação recair para o lado do empregador.

¹⁰ Em sentido idêntico e em específico no tocante à substituição de grevistas, Pereira, 2003, p. 229, Pérez Rey, 2003, p. 229, Táscon López, 2018, p. 45, Santoni, 1994, p. 84.

¹¹ Subscrevendo-o, Pereira, 2001, p. 151.

¹² Cfr. Ac. TC 15/2005.

¹³ Igualmente, Acs. TRE, 8/6/2017 e TC 15/2005.

A entrada em vigor da CRP, com a consagração do direito à greve em moldes bastante mais favoráveis, requereu o desenvolvimento de uma nova regulamentação da greve, levada a cabo pela Lei n.º 65/77, de 26/08.

Genericamente, o preceito (art. 6.º) pretendia prevenir a possibilidade de o empregador esvaziar o conteúdo prático do direito à greve [Brito Correia, 1981, p. 235]¹⁴, privando materialmente os trabalhadores de um direito fundamental¹⁵, neutralizando-o através da “transferência de salários” [Monteiro Fernandes, 1982, p. 43] dos grevistas: por um lado, para trabalhadores do mesmo empregador que, à data do anúncio da greve, não laborassem no respetivo estabelecimento ou serviço onde esta foi decretada; por outro, pela admissão de novos trabalhadores. Quanto a estes e por a lei não o especificar, o entendimento coetâneo da doutrina cismou-se: Jorge Leite [1994, p. 84] entendia tratar-se de uma proibição absoluta, que impedia a admissão de novos trabalhadores *tout court*; já autores como Monteiro Fernandes [1982, p. 43] e Palma Ramalho [1994, p. 40] restringiam-na aos casos em que a mesma consubstanciasse uma substituição direta ou indireta dos grevistas, com base numa interpretação sistemática da norma. Como veremos, só décadas mais tarde, com a entrada em vigor do CTO3, é que a querela se resolveria.

Com a entrada em vigor do atual CT, a proibição passou a constar do art. 535.º. Deparamo-nos, logo na sua epígrafe, com uma primeira alteração em relação ao CTO3: a substituição da contração *dos* pela mera proposição *de*. A falta de menções nos trabalhos preparatórios a esta alteração reconduzem-na a uma mera correção formal.

Alteração semelhante foi realizada no n.º 1, *in fine*. Onde se lia “admitir novos trabalhadores para aquele efeito”, passa-se a encontrar “admitir trabalhadores para aquele fim”. Ainda que, mais uma vez, nada se encontre sobre esta alteração na documentação histórica, a intenção parece ter sido ambivalente: por um lado, impedir uma interpretação *scaliana-textualista* da norma contrária à sua teleologia; por outro e correlativamente, corrigir um pleonasma malogrado. O principal efeito prático da alteração passará por pôr de parte potenciais fraudes à lei. Exemplificativamente, uma interpretação da redação anterior, que desconsiderasse outros elementos interpretativos, possibilitaria a contratação, a termo resolutivo incerto, com fundamento no art. 140.º (129.º CTO3), de trabalhadores com vínculo anterior com a empresa e relativamente aos quais já tivesse decorrido o período referido no art. 143.º (132.º CTO3), computado desde o momento em que se deu a cessação do mesmo¹⁶.

Se é certo que este n.º 1 se reconduz em muito à versão da norma embutida na segunda lei da greve, mantendo-se a imposição de restrições à substituição interna e proibindo-se a substituição externa, certo também é que se procede a um esclarecimento fulcral: a admissão de trabalhadores só é proibida quando feita com a finalidade de substituir grevistas. Põe-se assim fim à querela que referimos, adotando-se a conceção relativa da proibição.

¹⁴ Ac. TRE 8/6/2017.

¹⁵ STS 5/12/2012.

¹⁶ Referindo esta função de impedir a neutralização do direito pela contratação a termo, Fernandes, 2013, p. 77.

Ficam por resolver outras questões ainda reconduzíveis à substituição por trabalhadores ditos externos, mormente o âmbito pessoal passivo da mesma, o tipo de vínculo abrangido e os efeitos no processo de contratação. Também quanto à substituição interna se levanta a questão dos seus limites.

Outra novidade introduzida em 2003 e agora vertida no art. 535.º/2, prende-se com a proibição de contratação de empresas para realização das tarefas dos grevistas, para evitar a defraudação indireta do n.º 1 [Romano Martinez, 2017b, p. 1142], sendo apenas expressamente aceite a contratação em caso de incumprimento de serviços mínimos.

Por fim e como de resto aconteceu em todo o CTO9, o art. 535.º passou a ter um número dedicado à responsabilidade contraordenacional (n.º 3).

4. Uma rosa por qualquer outro nome

4.1. A substituição externa

A admissão de novos trabalhadores com o intuito de substituição de grevistas encontra-se sumariamente proibida pelo art. 535.º/1, 2ª parte, nos termos aduzidos¹⁷, seja ela realizada através da contratação clássica ou do recurso a mecanismos como a cedência de trabalhadores (art. 288.º ss.) ou o trabalho temporário (art. 172.º ss.). O que não implica a desnecessidade de esclarecimentos pontuais.

Desde logo, questionamos a aplicação da proibição aos processos de recrutamento.

A lei mostra-se clara, permitindo-os caso não se dirijam à substituição direta ou indireta¹⁸; e proibindo-os no tocante a recrutamentos com efeitos retroativos à data do pré-aviso com o objetivo de substituir os grevistas: é esta, de resto, a proibição-mãe do normativo. E com igual assertividade nos dirigimos ao recurso de trabalhadores a termo que, posteriormente à contratação por um motivo diferente da substituição, sejam chamados a exercer a atividade dos grevistas¹⁹.

Analisemos, de forma não exaustiva, uma série de situações decorrentes da hipótese de o empregador saber antes da entrega do pré-aviso da preparação da greve e contratar, antes daquele momento, trabalhadores para o exercício de funções nos estabelecimentos ou serviços que serão afetados²⁰.

Caso celebre um contrato dito sem termo e o trabalhador continue a sua prestação *ad infinitum*, dificilmente se reconduzirá a materialidade dos factos a uma tentativa de neutralização da greve. Contudo, a latitude temporal do período experimental (art. 112.º/1), superior à duração típica das greves – com uma moda de um a cinco dias²¹ – mostra-se um recurso aliciante. Dada a especial teleologia daquele [Leal Amado, 2018, pp. 160 a 163] que elimina as limitações à desvinculação unilateral [Furtado Martins,

¹⁷ Não sendo permitida para fazer face à não comparência dos trabalhadores designados para os serviços mínimos [Ac. TRP 12/6/2008].

¹⁸ Cfr. Lambelho, 2018, pp. 558 e 559, Ramalho, 2015, p. 479 e Martinez, 2017b, p. 1141.

¹⁹ Cfr. a Cassazione 9/5/2006, que classificou como antissindical a utilização de trabalhadores contratados a tempo parcial, que deveriam trabalhar apenas no fim de semana, para substituição dos grevistas nos restantes dias da semana.

²⁰ Cfr. Xavier, 1983, p. 193, que considera ser permitida a promoção de uma prévia redistribuição de efetivos tendo em atenção a incidência previsível da greve, ressaltando-se os casos de fraude à lei.

²¹ AA.VV., 2016, 408.

2017, p. 624], tem-se admitido a *possibilidade* de sindicância dos motivos da denúncia²², sempre que esta se mostre abusiva²³. Doutra sorte, a própria contratação reconduz-se a uma fraude ao art. 535.^o²⁴.

Por outro lado, a impossibilidade de subsunção da substituição aos fundamentos de admissibilidade do art. 140.^o levará a que um contrato celebrado a termo nessa base se considere sem termo por força do art. 147.^o/1 e reconduzindo-se à primeira situação enunciada²⁵.

Já quanto à celebração de contratos com uma condição suspensiva dependente do *se* e *quando* de uma greve²⁶, o art. 535.^o/1, é claro ao proibir a substituição por quem à data do aviso prévio não trabalhasse no estabelecimento ou serviço. Nem sequer se mostra arguível a recondução da noção de *início de trabalho* à da data de *início dos efeitos do contrato*, uma vez que estes são postergados por força da condição suspensiva até ao momento da verificação do *se*. Estamos dentro dos limites gramaticais da proibição.

Em contraste, teremos uma *substituição em cascata*²⁷ quando estejamos perante a contratação de um trabalhador com o fundamento de substituir um outro que, por sua vez – e escusando-nos a considerações sobre a atividade contratada –, esteja a executar tarefas de um grevista. A lei não proíbe a contratação de novos trabalhadores. O que não permite é que sejam utilizados como forma de substituição material, mesmo que mediata.

E igual raciocínio será de aplicar ao recurso ao trabalho temporário, à cedência de trabalhadores²⁸ e ao *trabalho benévolo*²⁹.

²² Cfr. Furtado Martins, 2017, p. 624, Fernandes, 2017, p. 304 e Acs. TRC 7/4/2016, TRP 5/3/2012 e 17/2/2014, TRL 15/2/2012, STJ 9/9/2015 e 22/9/2015.

²³ Vide, sobre o abuso desta figura, Gomes, 2000, pp. 37 a 74 e 245 a 276.

²⁴ E idêntico resultado seria alcançado caso as partes revogassem o contrato. Também aqui a atuação fraudulenta se reconduziria à contratação e não à cessação.

²⁵ A única exceção será o caso de a celebração do contrato a termo encontrar o seu fundamento em qualquer uma das alíneas do 140.^o/4/b), em face da qual tenderemos a aplicar o raciocínio da fraude à lei.

²⁶ Contrariamente, defendendo que “a proibição só se estende a contratos celebrados depois da data do aviso prévio”, considerando válido aquele já celebrado àquela data independentemente do momento de início da execução, Ramalho, 2015, p. 478. De forma idêntica sobre os “processos de recrutamento em curso, no âmbito funcional atingido”, Fernandes, 2013, p. 81. Na jurisprudência, o Ac. TRL de 9/11/1983.

²⁷ Termo cunhado no ordenamento francês, no qual este tipo de substituição indireta é considerada ilícita [cfr. Sellami, 1999, p. 151]. Sendo-o também em parte na Alemanha, onde se proíbe a substituição direta e indireta de grevistas (§ 11(5) AÜG), quando operada por trabalhadores temporários; ainda que, como denotam Klein e Leist, 2017, pp 100 a 105, existam subterfúgios para defraudar a norma, como a utilização de dois trabalhadores permanentes em cadeia para substituir o grevista antes de se recorrer ao temporário.

²⁸ Segundo Xavier, 2018, p. 162, a norma tem a pretensão especial de garantir que os postos de trabalho concretos não sejam assumidos através de ETT, nem por prestadores de serviços, nem por cedência ocasional. Caso contrário, estaríamos, aliás, em séria violação das interpretações do CLS, que tomam o recurso a trabalhadores temporários como uma violação da liberdade de associação (ILO 2018: § 918; ILO 3019, informe 376 – Paraguay).

²⁹ É certo que no trabalho benévolo a ausência de um contrato de trabalho implica a inexistência de um trabalhador em sentido formal. Ainda assim, trata-se de uma figura que, por ser passível de esvaziar o conteúdo do direito à greve, atenta do exato mesmo modo contra a teleologia da proibição [Sala Franco, 2013, p. 5]. Contrariamente, a STS 18/9/1997 entendeu não constituir infração laboral a assunção de tarefas dos grevistas pelo próprio empregador, por outros sócios da empresa ou por seus familiares.

Por outro lado, e ao contrário do que ocorre em França – onde a proibição de substituição se encontra num artigo dedicado à proibição de celebração de contratos a termo (art. L1242-6/1 Code du Travail), concluindo a jurisprudência francesa, *a contrario*, pela licitude do trabalho benévolo [cfr. Cassation, 11/1/2000] – ou em Espanha – onde o art. 6.5 RDL 17/77 refere expressamente a vinculação do trabalhador à empresa –, o

Merece neste âmbito especial análise o Ac. TRL 12/7/2007. O caso *sub judice* reconduz-se a uma greve, num centro de distribuição postal, decretada ao 2.º período de trabalho. No seu decurso, a entidade patronal recorreu a trabalhadores temporários, com a finalidade de recuperar trabalho em atraso, colocando-os a trabalhar só no 1º período. No entendimento do TRL, o facto de os trabalhadores contratados estarem a exercer funções durante o primeiro período (*i.e.*, ao mesmo tempo que os grevistas) e não o segundo implicava o não preenchimento dos pressupostos da proibição, por os pretensos substituídos estarem “no exercício das suas regulares funções”. Apesar de reconhecer que “as tarefas que os novos trabalhadores executavam, eram também tarefas dos grevistas”, o TRL arguiu que a intenção da entidade empregadora não era a de substituir os grevistas mas antes a de eliminar a acumulação de trabalho e que, mesmo que fosse essa a intenção, a proibição não impedia as empresas de tomarem medidas para debelar as consequências da greve.

Com todo o respeito, parece-nos que o tribunal errou em cada passo que deu. Desde logo, ao restringir o período de greve ao momento temporal do 2º período de trabalho. Tal entendimento só se alcançaria por uma interpretação restritiva do preceito para a qual não encontramos argumentos.

Por outro lado, atribuiu uma importância incompreensível ao elemento volitivo da atuação.

E igualmente porque, ao mesmo tempo que reconhece que os trabalhadores contratados estavam a realizar as funções dos grevistas e que a proibição tem “a finalidade de assegurar a eficácia da greve”, conclui que ainda assim a atuação não contrariava o cerne da proibição, por os contratados estarem a prestar trabalho ao mesmo tempo que os grevistas. Se o legislador quisesse que a proibição só vigorasse durante o exato momento de exercício fáctico da greve não tinha grafado a sua retroação à data do pré-aviso.

O TRL parece ter operado na base de uma distinção semelhante à que viria a ser realizada por Monteiro Fernandes [2013, pp. 81 e 82], contrapondo os conceitos de *substituição* e de *reforço* do efetivo da unidade funcional. É certo que a lei permite o aumento da força laboral durante a greve; mas não para realizar as mesmíssimas tarefas dos grevistas. Sejam ou não efetuadas no turno em que a greve se está a realizar. O entendimento do TRL peca por um excessivo formalismo com o qual o espírito da norma não se compadece.

Por criar uma interpretação subversiva da proibição, entendemos ter decidido mal a Relação, ao não conduzir a prática perpetuada pelo empregador à proibição de substituição e, conseqüentemente, ter tomado por lícita uma clara fraude à lei³⁰.

CT coloca a tónica na proibição de substituição enquanto tal, não a associando a uma (específica) relação contratual.

Finalmente, não podia ser outra a interpretação gramatical do art. 535.º/1, *in fine*, dada a intensidade e extensão das noções de trabalhadores e de admissão, latas o suficiente para nelas incluirmos os trabalhadores benévolos.

³⁰ Cfr., em comentário a este acórdão, Lambelho, 2018, p. 559.

4.2. A substituição interna

4.2.1. A transferência

A segunda proibição constante do art. 535.º/1 refere-se à substituição dos grevistas por trabalhadores que não desenvolviam a sua atividade no estabelecimento ou no serviço onde a greve foi decretada, limitando-se o poder do empregador de recorrer à mudança do local de trabalho (art. 194.º) para deslocar trabalhadores de outro estabelecimento, serviço ou secção³¹ para aquele que se encontra em greve³², a partir da data de comunicação do pré-aviso.

As dificuldades neste âmbito reportam-se ao conteúdo e à extensão dos conceitos *estabelecimento* e *serviço*.

Será desde logo de excluir uma qualquer equiparação entre *estabelecimento* e *empresa*. Por o conceito basilar no direito laboral português se reconduzir à *empresa* e não àquele e por a opção entre um e outro exprimir, dependendo do caso, *interesses contraditórios entre empregador e trabalhador* [Catarina Carvalho, 2011b, pp. 352, 873 ss.], parece-nos claro que a intenção legislativa não ia no sentido de a abarcar na sua totalidade.

E tão pouco importará a distância entre os estabelecimentos ou a existência ou não de prejuízo sério [Júlio Gomes, 2013, p. 72]. A proibição é *tout court*.

Romano Martinez [2017a, p. 1254] aponta como forma de ultrapassagem da dificuldade a procura de *existência de autonomia económica e administrativa entre os tipos de unidades*. Não é um critério satisfatório. A rigidez na divisão dos estabelecimentos e serviços das empresas tem colapsado sob o peso da necessidade da rápida adaptação destas aos desafios de um mercado caprichoso, tornando-as mais flexíveis e homogéneas.

Já Júlio Gomes [2013, pp. 72 e 73], encontrando na autonomização da noção de *serviço* em relação à de *estabelecimento* uma proibição de transferência de trabalhadores interdepartamental, remete a expressão *serviço* para um “departamento ou unidade funcional”. Entendimento próximo tem Ana Lambelho [2018, p. 558], que toma o *serviço* como a secção do estabelecimento ou empresa onde se levem a cabo atividades semelhantes. A qual se reconduzirá a uma análise casuística da independência de um dado conjunto de funcionalidades em face de outro³³, “com validade de referência às diversas hipóteses que se colocam no âmbito da organização de cada empresa”³⁴ [Ac. STJ 30/11/2000]. E também o faz Monteiro Fernandes [2013, pp. 78 e 79], reconduzindo a *unidade funcional* a um conceito amplo³⁵ que sinaliza “qualquer organização de trabalho

³¹ Admitindo a deslocação de trabalhadores de outra secção, Martinez, 2017a, p. 1253. Igualmente, no âmbito da segunda Lei da Greve, Caupers, 1978, p. 97.

³² No mesmo sentido, Ramalho, 2015, p. 478 e o Ac. TC n.º 15/2005.

³³ Na senda da noção de unidade produtiva autónoma, dotada de uma autonomia técnico-organizativa própria, de Xavier, 1986, p. 455.

³⁴ Solução proposta pelo MP nas alegações de recurso [Pereira, 2001, p. 155].

Em causa estava uma empresa de prestação de serviços de segurança. Concluiu – bem – o STJ que, sendo estas instalações os locais de trabalho dos grevistas, no tocante àquele tipo de empresas o único critério atendível para a determinação da violação seria o local de exercício de funções. Local esse que não havia de ser confundível com toda a área geográfica dentro da qual o empregador pode movimentar os trabalhadores.

³⁵ Semelhantemente, Xavier, 1984, p. 191.

dotada de recursos materiais e humanos especificamente afetos a uma finalidade económico-productiva”.

Afastamos assim o recurso a um conceito técnico-jurídico preciso de *estabelecimento* ou de *serviço*³⁶ que esbarraria nos problemas já referidos em prol de um referencial empírico consubstanciado no quadro organizativo em que o problema se coloca³⁷ e que, em última instância, se reconduzirá aos locais onde a empresa empregadora exerce atividade.

4.2.2. A atividade contratada e o *ius variandi*

A escassa doutrina³⁸ e jurisprudência³⁹ portuguesas⁴⁰ que se debruça sobre o tema entende, quase na sua totalidade, que o empregador, seja no âmbito da noção de atividade contratada (115.º e 118.º/2,3), seja pelo uso da mobilidade funcional (120.º), pode substituir os grevistas com não aderentes do estabelecimento ou serviço onde a greve foi decretada. Cremos ser necessário destringir as duas situações.

O alargamento *ex lege* da atividade contratada por referência à carreira implicará uma limitação material dos efeitos da greve muito inferior à possível pela variação funcional. Contrariamente, impedi-lo implicaria uma restrição mais danosa ao direito à iniciativa económica do que a proibição de recurso ao *ius variandi* dadas as diferentes naturezas dos institutos.

Podemos questionar a recondução do exercício daquelas funções ao abuso de direito quando não desenvolvidas habitualmente⁴¹. Mas a parca flexibilidade da noção de categoria dificulta o preenchimento dos seus requisitos.

De igual forma, também temos dificuldade em aceitar a aplicação extensiva da proibição do art. 535.º. Estando as funções centrais e afins dos não grevistas contratualizadas *ab initio* por remissão para uma categoria, impedir o empregador de sequer receber a prestação *qua tale* se encontra prevista não se reconduziria a uma paralisação do poder de direção: seria a sua total aniquilação.

Pelo que apenas em empresas altamente tecnicizadas e homogéneas que, aproveitando os meios técnicos já existentes, reorganizem a prestação dos não aderentes por

³⁶ Cfr. o Ac. TC 15/2005.

³⁷ Em moldes próximos aos da desmaterialização ou compreensão mais flexível do conceito de unidade económica em matéria da sua transmissão [Gomes, 2010, p. 92].

³⁸ Sem grandes desenvolvimentos, Abrantes, 2014, p. 87, Gomes, 2013, p. 85, Fernandes, 2018, p. 301, Silva, 2002, p. 131, Leitão, 2016, p. 642, Ramalho, 2015, p. 478, Martinez, 2017a, p. 1253. Já considerando a mobilidade funcional proibida, também sem o explicitar, Mallet, 2014, p. 73 e Pereira, 1992, p. 20.

³⁹ O referido Ac. STJ 30/11/2000. Igualmente, o Ac. TRL 12/7/2007. De forma semelhante, mas apenas se referindo, através de uma interpretação meramente legal, à possibilidade de “aplicar do modo mais conveniente o trabalho dos não aderentes que já pertencessem aos mesmos serviços”, o Ac. TC 15/2005.

⁴⁰ Em sintonia com o entendimento generalizado em França [cfr. Duquesne, 2010, p. 558 e Teyssié, 2017, pp. 1020 a 1023]. E igualmente em Itália (cfr. Cassazione 16/11/1987 e 13/3/1986) onde apenas será ilícita a substituição interna realizada com o propósito de impedir ou frustrar a atividade sindical (cfr. Cassazione 9/5/2006). Em sentido contrário vai o ordenamento espanhol, no qual a maioria das decisões judiciais relativas às limitações impostas às faculdades empresariais pela greve se centram em abordar problemas suscitados pelo recurso ao *ius variandi* [López-Tames Iglesias, 2014, p. 121].

⁴¹ Defendendo-o, Lambelho, 2018, p. 557, García Torres, 2017, p. 229, Sánchez Quiñones, 2018, p. 8, STS 30/4/2013.

recurso ao conteúdo funcional alargado, concebemos a possibilidade de aniquilação da eficácia interna ou externa da greve.

Negar esta possibilidade seria, segundo Pérez Rey [2017, p. 163], colocar a greve num plano de legalidade referida exclusivamente à relação contratual, “sin que entre la función del derecho se admita alterar la asimetría de poder que establece la normalidad laboral regida por un principio de subordinación”, anulando-se a função constitucional do direito, confinando-o à mera faculdade de suspender o contrato.

O raciocínio não é exatamente o mesmo no tocante ao *ius variandi*. Tratando-se de uma variação da prestação cujo único limite é a impossibilidade de modificação substancial da prestação laboral (art. 120.º/1), bem se compreende que a capacidade teórica de o empregador neutralizar a greve cresce exponencialmente, reentrando-se no teleologia do art. 535.º⁴². E por essa mesma razão incrementa a possibilidade de encaixe deste poder no *abuso do direito*⁴³.

Por outro lado, o requisito de um *interesse da empresa* que se tem de mostrar cumprido para que o empregador se possa munir do *ius variandi* (art. 120.º/1) levanta problemas específicos.

Desde logo, pela dificuldade de distinção entre o interesse do empregador e o da empresa, já que “o primeiro corporiza o segundo” [Palma Ramalho, 2016, p. 316]. Pelo que para o podermos objetivar teremos de o reconduzir “à exigência de uma racionalidade na gestão que não se compadece com a prossecução de políticas arbitrárias e, muito menos, de vinganças pessoais” [Júlio Gomes, 2007, p. 802].

Mas também devido ao conceito de *interesse da empresa* conjugado com a variação funcional enquanto poder excecional. Naturalmente que uma leitura economicista do preceito verá na norma uma arma de arremesso em face de qualquer percalço no caminho da manutenção da plena laboração; é difícil argumentar a inexistência de um interesse da empresa em eliminar quaisquer perturbações. Mas dificilmente, por uma interpretação teleológico-sistemática do art. 120.º, encontramos nele um comando permissivo para o empregador erradicar o conteúdo de um direito dos trabalhadores⁴⁴. O recurso a este só será admissível perante “um interesse objetivo, sério e de natureza transitória” [Ac. STJ 23/2/2005]: de entre os quais apenas a transitoriedade se dará por cumprida.

⁴² Contrariamente Fernandes, 2018, p. 301, entende que, ainda assim, “os efeitos económicos decorrentes do recurso à mobilidade funcional interna não se aproximam dos alcançáveis através da substituição dos trabalhadores em greve”.

⁴³ Admitindo a aplicação da doutrina do abuso de direito ao *ius variandi*, sempre que não se demonstre a existência de “um interesse objetivo, sério e de natureza transitória”, Ac. STJ de 23/5/2005.

⁴⁴ Cfr. a STC 123/1992, no qual o TC considerou abusivo o recurso ao *ius variandi* não como medida necessária para a “buena marcha de la empresa”, mas antes para desativar a pressão da greve. No mesmo sentido, contrapondo as substituições habituais com “novaciones extraordinarias que contravienen el derecho de huelga”, López-Tamés Iglesias, 2014, p. 119. Igualmente, Ceinos Suárez, 2000, p. 47, para quem os poderes de direção e mobilidade não surtem efeitos quando exercidos com escopos diferentes dos previstos pelo ordenamento, como medida para eliminar a pressão da greve e não para a boa marcha da empresa. Em sentido oposto, criticando aquela sentença, Diéguez Cuervo, 1993, pp. 215 a 217 que, partindo do entendimento de que a greve apenas serve os interesses egoístas de quem a exerce, propugna pela licitude da pretensão protecionista do empregador.

E se o dano na produção constitui o prejuízo ordinário derivado do exercício legítimo do direito de greve ao qual o empregador permanece fisiologicamente exposto, parece contraditório, “che lo stesso pregiudizio possa simultaneamente essere qualificato, nella prospettiva del rapporto individuale di lavoro, come una situazione straordinaria ed anómala tale da giustificare un’altrimenti inammissibile dilatazione dello *ius variandi*” [Fiorella Lunardon, 2011, pp. 178 e 179]⁴⁵.

Pelo que também o recurso ao poder de variação deverá ser enquadrado no âmbito de uma interpretação extensiva da proibição⁴⁶, independentemente de se tratar de trabalhadores da mesma categoria ou de categoria superior⁴⁷. Sem esquecer, claro, que uma análise casuística da factualidade poderá revelar a inexistência de um enfraquecimento do direito à greve e a existência de um interesse legítimo da empresa no recurso àquele poder.

Curioso mostra-se o Ac. TRC de 16/12/2015. O caso que lhe subjaz reconduz-se a uma greve que levou a que quatro trabalhadores não comparecessem ao serviço numa das lojas da empregadora, tendo permanecido nestes três outros trabalhadores, de categoria superior à dos grevistas e que, apesar de não estarem afetos à mesma, executaram funções correspondentes ao conteúdo funcional dos grevistas.

O TRC, apesar de admitir a competência funcional dos trabalhadores para o exercício das tarefas, entendeu que as mesmas não foram exercidas “*no âmbito normal das suas funções*” e que, “ainda que estes trabalhadores tivessem uma ligação ao estabelecimento em causa [...] o alcance da proibição [...] proibia-os de substituir os grevistas, pois as funções substitutivas executadas visaram inequivocamente neutralizar o efeito da greve”, reconduzindo a conduta à fraude à lei.

Este tipo de decisão, inédita a nível nacional, vai ao encontro do raciocínio que começamos a desenvolver: sendo o objetivo da proibição do art. 535.º evitar a debelação do direito à greve, no qual se incluem os seus efeitos, a conduta que o realize será fraudulenta.

⁴⁵ Estas considerações da autora – ainda que as continuemos a fazer nossas - foram, no entanto, elaboradas antes da alteração de 2015 ao Codice Civile. Para um comentário ulterior à alteração, Balestri, 2017, pp. 8 e 9, para quem a greve pode ser entendida como “una modifica degli assetti organizzativi aziendali” e, consequentemente, legitimar o recurso ao *ius variandi* vertical (e horizontal). Mas entendimento semelhante já se encontrava na Cassazione 4/7/2002, que entendia que a “paralisi della produzione in occasione di uno sciopero” preenche a noção de necessidades específicas e objetivas da empresa.

⁴⁶ Cfr. Fernandes, 2013, p. 79, que apesar de afirmar que a lei admite que o trabalho seja assegurado por não aderentes da mesma unidade funcional, prontamente refere que “Uma organização flexível, em que vigore um nível elevado de polivalência funcional [...] obrigará a ponderar a proibição legal de modo muito diverso do que [...] numa organização mais segmentada e rígida”.

⁴⁷ Cfr. Ferrando García, 2011, p. 85 e López-Tamés Iglesias, 2014, p. 119. Já admitindo ser difícil valorar a legitimidade da substituição interna “allorché questa avvenga con l'utilizzazione dei lavoratori non scioperanti in manioni inferiori o poco qualificanti, attraverso un arbitrario esercizio dei poteri organizzativi dell'impresa”, Santoni, 1999, p. 85. Esta dificuldade mostra-se compreensível, em face do art. 2103 Codice Civile, que limita o poder de variação e, em particular, disciplina as situações em que a variação vertical é admissível. O facto de a substituição de grevistas não estar acomodada nesse elenco tem levado os tribunais a declararem-na ilegítima [quando para categoria inferior], a não ser que a alteração de funções advenha de necessidades extraordinárias de carácter objetivo da empresa, seja temporária e represente apenas parte marginal dos deveres do trabalhador [Cassazione: 19/7/2011, 6/8/2012 e 10/7/2015. Desenvolvendo, Lunardon, 2011, pp. 176 a 178].

4.2.3. O tempo de trabalho

Mas não só pela reorganização funcional e material do processo de produção poderá o empregador obstar à efetivação do direito à greve nos moldes apreciados. Poderá igualmente fazê-lo pelo recurso à reorganização temporal. Centrar-nos-emos no trabalho suplementar (art. 226.º ss.)⁴⁸.

A questão passa por aferir se, durante ou em algum momento contíguo à greve, poderá a entidade patronal exigir aos trabalhadores não aderentes tal prestação⁴⁹.

Partindo do já assente no tocante ao esvaziamento do conteúdo do direito à greve⁵⁰ e às limitações dos poderes do empregador, parece-nos clara a impossibilidade deste recurso, para tal não relevando a não alteração da posição contratual dos não grevistas⁵¹, e independentemente da necessidade de invocação de abuso de direito⁵².

Como escreve Liberal Fernandes [2018, pp. 300 a 301], o facto de este mecanismo possibilitar “obter um nível de atividade superior ao normalmente conseguido” com os trabalhadores que se mantenham em funções, transmitindo uma aparência de inexistência da greve [Lambelho, 2018, p. 559] torna clara a sua equivalência à substituição de grevistas. Como desenvolve o autor, os efeitos económicos decorrentes deste expediente são largamente superiores aos do *ius variandi*, pondo mais facilmente em causa, no plano substantivo, o fim garantístico do art. 535.º/1. Apenas questionamos a forma como o autor aplica a norma: parece ainda estarmos dentro dos limites da interpretação extensiva da norma e já não da sua integração por recurso à analogia, por entendermos que é ainda reconduzível ao conceito de *substituição* em sentido material que temos vindo a desenvolver a prestação de trabalho suplementar, pelos fundamentos já aduzidos⁵³.

E finalmente, porque da mesma forma que obstamos à recondução do conflito coletivo ao interesse da empresa para cumprimento dos requisitos do *ius variandi*, também nos opomos, com argumentos geneticamente semelhantes, à invocação do cumprimento dos pressupostos do trabalho suplementar (227.º)⁵⁴. Desde logo, porque o *acréscimo eventual e transitório de trabalho* referido no art. 227.º/1⁵⁵ não está pensado para o decréscimo do número de trabalhadores em funções. Por outro lado, porque a greve não

⁴⁸ Excluiremos do raciocínio o trabalho suplementar que já vigorasse à data do pré-aviso caso se mantenham os seus fundamentos e condições, assim como aquele que se reporte ao cumprimento dos serviços mínimos (art. 567.º).

⁴⁹ Defendendo *tout court* essa possibilidade, Ramalho, 2015, p. 478.

⁵⁰ Assim, Táscon López, 2018, p. 66. Igualmente, a STSJ Valencia 15/12/2009.

⁵¹ Nesse sentido, Grau Pineda, 2018, p. 109. Igualmente, a STSJ Madrid 16/11/1992.

⁵² Ponderando a aplicação deste instituto, como forma de evitar a neutralização do direito à greve aquando do recurso ao trabalho suplementar, Gomes, 2013, pp. 70,86.

⁵³ Igual raciocínio mostra-se aplicável, por equivalência de fundamentos de recurso e de consequências da sua utilização, aos restantes mecanismos de flexibilização do tempo de trabalho, em especial ao banco de horas individual (art. 208.º-A), cuja facilidade de agilização e possibilidade de aumento de até duas horas diárias até ao máximo de 50 horas semanais e 150 horas anuais o equipara nos seus efeitos ao trabalho suplementar. Esta hipótese deixará, ainda assim, de ser possível assim que termine o período de transição da Lei 93/2019, de 04/09 (a qual revogou o art. 208.º-A e determinou que o regime de banco de horas individual em aplicação da data de entrada do diploma cessaria no prazo de um ano a contar da sua publicação).

⁵⁴ Em sentido semelhante, a já referida Cassazione 9/5/2006, que considerou que a prestação de trabalho suplementar por trabalhadores a tempo parcial durante a greve, com a finalidade de a neutralizar e não de ir ao encontro das situações para as quais essa prestação é permitida, é ilegítima. Igualmente, Balestri, 2018, p. 5.

⁵⁵ Reconduzindo-o a “necessidades anormais de gestão”, Ramalho, 2016, p. 425.

se reconduz aos casos de força maior previstos no n.º 2, *ab initio*. De igual forma porque, como já desenvolvemos, o prejuízo patrimonial decorrente da greve não pode ser debedado pelo exercício de faculdades patrimoniais, não se mostrando assim aplicável o n.º 2 *in medio*.

Contudo, o art. 227.º/2, *in fine*, prevê a possibilidade de recurso a trabalho suplementar quando esteja em causa a própria viabilidade da empresa. Estamos perante a exceção à proibição deste mecanismo que referimos. É que, como desenvolvemos, durante a greve mantém-se na esfera do empregador o conjunto de poderes que se mostrem necessários para garantir a viabilidade da empresa, evitando a sua destruição, pelas razões já aduzidas.

Responderíamos igualmente de forma afirmativa à questão de saber se a proibição de trabalho suplementar retroage ao período de pré-aviso.

Em primeiro lugar porque, quer entendamos estar em causa uma interpretação extensiva da proibição ou a sua aplicação analógica, seremos sempre obrigados, por um argumento de coerência aplicativa da norma invocada, a reconduzir a proibição até àquele momento.

Em segundo lugar, pelo já debatido problema da *ratio legis*. Permitir este trabalho suplementar durante o período que vai desde o pré-aviso até ao início da greve equivaleria, especialmente em empresas de produção de bens, a criar uma almofada de *stock* que amortizaria os efeitos patrimoniais e de aparência externa da atuação coletiva.

Mas este raciocínio já não é extensível à questão geral do reforço intensivo da prestação laboral no pós-greve. Liberal Fernandes [2018, pp. 302 a 303], referindo-se expressamente ao trabalho suplementar, apenas o admite diretamente quando o conflito tenha terminado por acordo de fim de greve no qual seja convencionada a recuperação das horas de trabalho, dando assim a primazia ao princípio da autonomia de composição dos interesses dos parceiros sociais, e negando-o nas restantes hipóteses sob pena da defraudação da proibição.

Não concordamos. Sendo certo que as possibilidades de dirimir os danos da greve em momento póstumo são tantas quanto as de substituir os grevistas no seu decurso⁵⁶, a recondução da proibição a uma garantia do direito à greve implica a limitação da sua aplicação ao período de exercício do direito. Por outro lado, a lógica que a retroage à data do pré-aviso não se mostra aplicável aos momentos posteriores à greve. Igualmente porque limitando-se os efeitos da greve, na relação laboral (art. 536.º), ao lapso temporal do seu exercício, por maioria de razão também o estarão os restantes efeitos decorrentes deste conflito. Mas mais: levado ao extremo, estaríamos perante uma limitação *ad aeternum* do direito à livre iniciativa económica, não coadunável com o seu estatuto jusfundamental.

⁵⁶ Cfr. a STSJ Aragón 6/10/2010 que admite esta possibilidade no âmbito da substituição tecnológica. Igualmente Monteiro Fernandes, 2013, pp. 81 a 82, que após distinguir a substituição do reforço do efetivo, defende, por uma interpretação *a contrario*, a admissibilidade desta última para lidar com tais acumulações.

4.3. A externalização dos serviços

Uma outra questão que se projeta sobre o empregador afetado pela greve prende-se com o recurso à subcontratação. Como referimos, o 535.º/2 proíbe, salvo em face do incumprimento de serviços mínimos, que *a tarefa a cargo do trabalhador* seja realizada *por empresa contratada para esse fim*.

Apesar de ter sido uma novidade introduzida pelo CTO3, com a finalidade de evitar uma defraudação indireta da proibição, a questão já se colocava, com outros contornos, na vigência da Lei da Greve.

Naquela época, a jurisprudência dividia-se entre aqueles que tomavam o art. 6.º como taxativo, recorrendo a uma interpretação *a contrario* para justificar que o que não fosse proibido seria permitido⁵⁷, e aqueles que atendiam à *ratio* da norma, nomeadamente ao efeito neutralizador da greve e ao perfil económico das operações, para condenar a “substituição” dos trabalhadores por empresa prestadora de serviço⁵⁸.

Aproveitando a entrada em vigor do CTO3, o legislador tomou uma posição definitiva sobre a matéria, optando por proibir explicitamente a realização da *concreta tarefa desempenhada pelo trabalhar* por empresa *especialmente contratada para o efeito*, com a ressalva acentuada.

Mas se a intenção do legislador era clara, já não o pareciam ser os limites da proibição. Ao grafar o adjetivo *concreta* [tarefa] e o advérbio *especialmente* [contratada], abriu caminho para duas interpretações gramaticais e não co-excludentes: por um lado, uma que reconstruía o propósito da utilização daquele adjetivo como conducente a uma proibição meramente imediata, abarcando tão só a *atividade* do grevista e já não nem o *resultado* da sua prestação – permitindo-se, *v.g.*, que uma fábrica de componentes encomendasse componentes idênticos a uma sua concorrente de forma a não quebrar obrigações de fornecimento – nem o recurso a outras formas de desempenho da atividade que não correspondem à tarefa concretamente desempenhada mas alcancem o mesmo resultado – como o seria a contratação de uma empresa de transportes para prestar o serviço que a contratante prestaria através dos motoristas agora em greve⁵⁹; por outro, uma mais descabida que visse naquele advérbio uma abertura para a contratação de uma empresa terceira para a realização de um leque de atividades por entre as quais se encontrasse uma ou umas correspondentes à tarefa normalmente desempenhada pelo agora grevista.

A alteração de 2009, que suprimiu as referências a *concreta* e a *especial*, foi entendida por Romano Martinez [2017a, p. 1143] como uma “alteração sub-reptícia da norma”⁶⁰, que, no entendimento do autor (que apenas se refere à supressão do adjetivo e nunca do advérbio), deve ser menosprezada por, *a contrario*, se resvalar numa interpre-

⁵⁷ Acs. TRL, 20/9/89 e 4/12/1996.

⁵⁸ Cfr. o Ac. TRC 20/4/2006, no qual se concluiu pela impossibilidade do empregador, substituindo-se às entidades incumbidas de assegurar os serviços mínimos, contratar, *sponte sua*, empresas para os assegurar. Este acórdão, ainda que relativo a um caso decidido à luz da Lei da Greve, já foi proferido após a entrada em vigor do CTO3, o que nos obriga a ponderar a possibilidade de a interpretação extensiva do tribunal se dever à agora explícita posição do legislador.

⁵⁹ Exemplo de Martinez, 2003, p. 859.

⁶⁰ Contrariamente, entendendo que a alteração não foi clara ao ponto de estarmos perante uma “guinada” do legislador, Fernandes, 2013, p. 83.

tação que toma como *absurda e desajustada à realidade*, por ser “frequente em greves de transportes a contratação de serviços alternativos”⁶¹. Não discorre.

Desenvolvendo, o silogismo utilizado pelo autor para justificar a conservação daquela interpretação após o processo de revisão do CT só seria inatacável se a premissa maior em que se baseia (a interpretação que defendia à luz do CT03) fosse também ela inatacável. O que não nos parece ser o caso.

Na verdade, parece-nos que já à luz do CT03 o que a lei proibia era não só a substituição da efetiva prestação do trabalhador, mas igualmente qualquer recurso, por uma empresa atingida por greve, a *meios alternativos* de realização do fim económico-productivo do seu processo normal de produção que conduzissem a um esvaziamento do efeito prático da greve. Na expressão de Monteiro Fernandes [2013, pp. 83 a 84], O domínio alvejado pelo legislador é o dos “meios ou recursos utilizados pelo empresário para alcançar o fim económico-productivo”. Entendimento contrário, que não abarcasse uma substituição mediata da prestação, seria contraproducente, por abrir espaço àquilo que Romano Martinez [2017a, 1142] admitiu ser o fim da norma: a defraudação indireta do n.º 1.

O que permitiria um entendimento da revisão mais consonante com a *navalha de Ockham*: se já à luz do CT03 se proibiam quaisquer substituições diretas ou indiretas da prestação por empresas, a alteração levada a cabo tão só o clarificou.

Finalmente, não entendemos ser justificável apoiar a interpretação na *praxis* empresarial: argumentar que a norma não deve ser interpretada no sentido de proibir a contratação de empresas que *apenas* substituam o resultado da prestação por esse tipo de contratação ser frequente não é só incorrer numa argumentação circular como roça na defesa de práticas *contra legem* pela virtude de serem constantes e reiteradas⁶².

Não será de descurar a posição de autores como Palma Ramalho [2015, pp. 479 a 480] que, a este respeito, entendem que a proibição abarcará apenas o recurso a mecanismos que permitam atingir o mesmo resultado da tarefa dos grevistas, por tal consistir numa “substituição material” daqueles, não abarcando já o recurso a entidades externas para ultrapassar os prejuízos da conflito – como pela compra do mesmo tipo de produtos a terceiros de forma a cumprir as suas obrigações contratuais de fornecimento – por entender que tal ação não põe em causa o exercício do direito de greve⁶³.

Não nos parece que tal posição vingue. Como denota Monteiro Fernandes [2013, p. 83], “o que está em causa é a substituição de certos meios ou recursos [...] por outros meios ou recursos”, o que inclusive poderá ocorrer sem custos adicionais⁶⁴, visto que os salários que deixaram de ser pagos aos grevistas serão afunilados para o pagamento do preço destes bens. Pelo que, novamente, parece ser de recusar a legalidade dessa contratação precisamente por anular o efeito prático da greve.

⁶¹ Propugnando igualmente pela legitimidade da contratação de empresas para assegurar serviços alternativos, por considerar não estar em causa a realização das tarefas dos grevistas, “mas antes a substituição de uma organização por outra”, Xavier, 2018, p. 162.

⁶² A contratação a termo à revelia do art. 140.º é frequente, mas nem por isso deixará de ser *contra legem*.

⁶³ No mesmo sentido, Mallet, 2014, p. 75.

⁶⁴ Até quiçá abaixo do custo de produção, quer por má organização apriorística da produção, quer pela benevolência da empresa com que contrata.

Por outro lado, o facto de o art. 535.º/2 proibir a realização da tarefa do grevista por empresa contratada para esse fim, sem especificação do *quando* da contratação, força-nos a concluir pela integração na proibição desse tipo de externalizações⁶⁵, mesmo que apriorísticas à decretação da greve, mas com o intuito de virem a ser utilizadas especificamente aquando desta. Como denota Goerlich [2018, p. 184], a externalização de uma tarefa em momento prévio ao pré-aviso de greve será critério necessário, mas não suficiente para a sua exclusão do âmbito da proibição: considerar o contrário daria azo a que se permitisse um alargamento do objeto negocial, após a entrega do pré-aviso de greve, através do qual se alcançariam os mesmos efeitos a que o artigo pretende obstar.

Finalmente, o termo *empresa*, usado em contraponto a *trabalho subordinado*, como forma de excluir este dos modos de suprimento do incumprimento dos serviços mínimos, não pode ser interpretada no sentido de excluir a contratação de prestadores de serviços para esse fim, sob pena de uma discriminação negativa sem justificação objetiva [Liberal Fernandes, 2010:591]⁶⁶.

5. Hermenêutica da proibição e limites do poder de direcção

5.1. Razão de ordem

Como fomos dando a perceber ao longo do capítulo anterior, as situações passíveis de, em abstrato, serem reconduzidas à noção de substituição de grevistas são variadas e díspares entre si. Pelo que urge encontrar um elemento comum que permita, em concreto, facilitar a subsunção do facto à norma.

Mas tal elemento não deverá ser procurado, em primeira linha, nos factos com que nos defrontamos, mas sim na própria hermenêutica da *proibição*. Após a sua interpretação estaremos munidos dos elementos caracterizadores necessários para aferir, perante uma dada hipótese, da existência de uma atuação desconforme ao Direito.

Pelo que se mostrará basilar o recurso aos princípios hermenêuticos, tendo em atenção as especificidades do Direito do Trabalho e as particularidades da disparidade de armas típica deste campo e lendo a proibição à luz da dialética norma constitucional/norma infraconstitucional, sob pena de nos olvidarmos da “natureza do direito que lhe está subjacente” [Lambelho, 2018, p. 554].

Sob outra perspetiva, a atividade do intérprete, conforme o art. 9.º/1 CC, não se basta com a mera referência à *letra* da lei. O enunciado será a ponte para o seu *espírito*.

Contudo, a letra não será apenas o ponto de partida da interpretação: será igualmente o seu fim, o seu limite (n.º 2), excluindo-se qualquer sentido que não encontre na norma o mínimo de alusão, ainda que indireta, àquele que se pretende acolher [Baptista Machado, 1982, p. 189].

Por outro lado, o 9.º/1 CC refere igualmente como instrumentos a *occasio legis*, o *atualismo*⁶⁷ – especialmente relevante na interpretação de leis marcadas pela conjuntura em que foram elaboradas – e a *unidade do sistema jurídico* – imposta pela necessidade

⁶⁵ Enquadrando na proibição o recurso *tout court* ao *outsourcing*, Leitão, 2016, p. 642.

⁶⁶ O que nos obriga, por razões de rigor jurídico e coerência com a integração da prestação de serviços no conceito de empresa, a reconduzi-la à proibição do n.º 2 e não do n.º 1.

⁶⁷ O qual o legislador favorece em face do histórico [Amaral, 2017, p. 26].

de coerência valorativa e reveladora de um sentido diferente da mesma norma consoante a consciência jurídica da época em que se insere.

A *occasio legis* enquanto argumento *psicológico*, mais desconfiável quanto mais longínquo se encontrar o momento histórico no qual o texto normativo foi redigido [Giovanni Damele, 2014, p. 948] e quanto menos denso for aquele material, mostra-se-nos pouco útil. Desde logo, porque o cerne do artigo se manteve fundamentalmente inalterado. Mas igualmente, porque os trabalhos preparatórios da norma e das suas alterações são escassos e resumem-se, sem grandes desenvolvimentos, à ideia de evitar a violação do conteúdo do direito à greve, sem nunca densificar aquilo a que este corresponderá. A vontade do *legislador histórico* mostra-se mormente obscura.

5.2. Interpretação *a contrario sensu* e interpretação conforme à Constituição

Parece-nos sensata a rejeição liminar da *interpretação a contrario sensu* do art. 535.⁶⁸, no sentido de permitir quaisquer tipos de comportamentos que redundem na neutralização do efeito da greve através da substituição material *lato sensu* do grevista – *i.e.*, que permitam alcançar total ou parcialmente o mesmo resultado produtivo que obteriam na ausência da greve⁶⁹. Ainda que seja compreensível o raciocínio que leva a alcançar, pela *interpretação declarativa* de uma norma proibitiva, aquela arguição, certo é que este tipo de argumento “exige uma tarefa muito cautelosa do intérprete”⁷⁰, uma vez que o facto de o legislador estabelecer uma regra para um caso concreto não significa que “há-de querer, para os casos não mencionados, a regra inversa” [José Dias Marques, 1994, p. 153]. Para além da possível desvirtuação do reconhecimento constitucional, com o máximo nível de garantias, do direito à greve [Pérez Rey, 2013, p. 165].

Destarte, esta interpretação, por deduzir de um *ius singulare* um princípio-regra em sentido oposto, só tem força plena quando se demonstra uma *implicação intensiva* entre a hipótese e a estatuição [Baptista Machado, 1982, p. 187], *quando o espírito que está na base do preceito tem carácter excepcional*, sujeitando os restantes à norma inversa, consagrando uma taxatividade ou impossibilitando a interpretação extensiva.

Recuperando as ideias da utilidade da proibição no combate ao enfraquecimento do direito à greve, dificilmente concluiríamos pelo carácter excepcional do espírito da norma. Inclusive, propugnamos o contrário: na redação atual do sistema constitucional de greve, esta proibição será aplicável independentemente da sua consagração infraconstitucional.

Desenvolvendo, a eficácia direta e horizontal dos DLG (art. 18.º/1 CRP)⁷¹, independente de mediação infraconstitucional, como modo de impedimento da imunização das relações entre privados de forma tal que se admitisse nestas constrangimentos de direi-

⁶⁸ Questionando esta leitura, Gomes, 2013, p. 70.

⁶⁹ Entendimento uniformizado em Espanha pela STC 123/1992.

⁷⁰ Ac. STJ 7/4/2011. Igualmente, Machado, 1982, p. 187. Arguindo a sua falibilidade, Ac. STJ 16/10/1984.

⁷¹ Sobre este ponto e a sua dificuldade aplicativa, Monereo Pérez, 2017, pp. 698 ss., Pinto 2007, p. 168, Nabais, 1990, p. 2.

tos fundamentais inadmissíveis nas relações daqueles com o Estado [Guilherme Dray, 2015, p. 185], resulta na possibilidade de invocação direta do direito à greve enquanto direito fundamental no decurso de um conflito coletivo. Invocação que mais peso terá por ser feita ao abrigo do *princípio da proteção do contraente laboral débil*. Destarte, e tendo por base o nosso entendimento de um conteúdo material e não meramente procedimental do direito, a proibição de substituição decorreria já do conteúdo de garantia do art. 57.º CRP⁷².

Entendimento que se torna tanto mais forte quando ponderamos a Convenção n.º 87 OIT, cujos normativos respeitantes à greve se hão de considerar, por força do art. 8.º CRP, partes integrantes do direito fundamental e, conseqüentemente, interpretamos o art. 57.º CRP tendo em mente as decisões do CLS⁷³ e as observações do CEACR⁷⁴ (que apenas admitem a substituição sempre que ocorra uma crise nacional aguda; relativamente a certas categorias de funcionários do Estado; no cumprimento de serviços mínimos e no rasgo de uma greve num setor essencial); e, por idêntica razão e semelhante conteúdo, as conclusões do CEDS⁷⁵ e as observações do CDESC⁷⁶.

Ao que se alia a premissa de que “los derechos de libertad sindical y huelga son especialmente proclives para alentar una forma interpretativa evolutiva ajustada a la realidad de los tempos” [Molina Navarrete, 2015, p. 190] e interrelacionada com o constante nos arts. 8.º e 16.º CRP.

De onde discorre que o art. 535.º terá de corresponder, no seu mínimo proibitivo, à proteção do direito à greve que, na sua falta, decorreria da aplicação direta do art. 57.º CRP⁷⁷ integrado por aqueles princípios de direito internacional. *I.e.*, uma interpretação da proibição de substituição *conforme à constituição* enquanto “regra de preferência para a decisão entre resultados diferentes” [Egídio, 2017, p. 634] implicará que, na bifurcação entre a interpretação declarativa e a extensiva da norma, se opte pela que melhor se coadune com o preceito constitucional⁷⁸, com a letra do normativo sindicado como

⁷² Cfr. Macedo, 1990, p. 47, Caupers, 1985, p. 149, Ramalho, 1994, p. 39, que, partindo das mesmas premissas, concluem pela existência de um direito (fundamental em sentido material) de não substituição dos grevistas. Entendimento identicamente defendido em Espanha, cfr. López-Tamés Iglesias, 2014, p. 118. A existência de direitos fundamentais que decorrem implicitamente do texto da constituição é largamente aceite: cfr. Acs. TC 509/2002 e 595/11.

⁷³ ILO 2018 § 917-9.

⁷⁴ CEACR, 2011, publicación 101ª reunión CIT 2012, Chile; CEACR, 2016, publicación 106ª reunión CIT, 2017, Chile.

⁷⁵ Que repudiou o recurso a funcionários públicos por companhias afetadas por greves [Conclusions, XII-2 (Germany), art. 5. & 6 § 4; Conclusions XIII-4 art. 6 § 4].

⁷⁶ Concluding observations 1/12/2004, § 19 e 42.

⁷⁷ Cfr. PPGR n.º 123/76-B: “A lei não pode regulamentar [...] o conteúdo essencial dos direitos. Portanto [...] também não poderia diminuir o conteúdo essencial do direito à greve”.

⁷⁸ Ainda que tal implique um cuidado exacerbado, sob pena de se ultrapassar a fronteira entre a interpretação conforme à constituição e a interpretação corretiva da lei, cuja admissibilidade na doutrina é divisiva – por todos, Egídio, 2017, p. 637, que aponta que o único ponto de concordância entre as orientações é a de que mesmo quando permitida, nunca poderá servir para corrigir “erros jurídico-políticos do legislador ou para contrariar o teor e o sentido da lei”.

fronteira interpretativa⁷⁹, pela que garanta o conteúdo mínimo do direito nos termos pré-configurados⁸⁰.

Aqui chegados e por nos situarmos no âmbito jusfundamental somos confrontados com os dois lados da mais frequente relação triangular clássica em que se insere o direito à greve: o direito ao trabalho dos não grevistas (58.º CRP) e o direito à iniciativa económica do empregador (61.º CRP).

Diz-se que o direito à greve colide com estes últimos e que, por serem desprovidos de natureza ilimitada, é necessária a sua harmonização⁸¹ por recurso à *concordância prática* regida por parâmetros de “racionalidade e proporcionalidade” [Sala Franco, 2015, p. 36].

Assim, no tocante àquele, argui-se⁸² que o direito à greve não poderia ser exercido de uma forma tal que a paragem da produção afete o desenrolar do trabalho dos não grevistas⁸³. Estaria em causa um “direito à ocupação efetiva em caso de greve” [Pérez Rey, 2017, 164] que, na prática, se traduz num pretexto para a empresa usar a sua força de trabalho disponível. Temos dificuldade em levar este pretense confronto a sério.

É certo que do art. 58.º CRP se extrai um direito jusfundamental à ocupação efetiva [Canotilho & Vital Moreira, 2007, p. 764]⁸⁴. E não negamos o constrangimento da prestação dos não grevistas pelo decurso da greve.

No entanto, retirar daqui a existência de um conflito entre estes direitos é um erro categorial que inverte o fundamento do direito em causa: o direito à ocupação efetiva é, acima de tudo, uma garantia *em face do* empregador (cfr. art. 129.º/1/b)).

Para além de que quer grevistas quer não grevistas querem trabalhar: estamos só perante um grupo que, por mecanismos legítimos, pretende alterar as suas concretas condições laborais e não cancelar a *relação* [Pérez Rey, 2017, p. 165] – que é o que o direito ao trabalho protege. Pelo que nem este direito pode ser interpretado como uma pretensão a exercer em face da greve, nem muito menos como instrumento para limitar aquela com a finalidade sub-reptícia de manter a atividade empresarial na duração do conflito. Arriscaríamos a afirmar que contrapor o direito ao trabalho a um instrumento que existe para proteger os interesses de quem trabalha e se mostra historicamente responsável por grande parte do desenvolvimento daquele direito é, no limite, uma operação “juridicamente incorrecta y decididamente ideológica” [Baylos Grau, 2017].

⁷⁹ Afirmando a necessidade de uma base legal mínima, onde o preceito se teria de deter, sob pena de o privar da sua função útil, quando seja incontestável o acolhimento pelo legislador ordinário de soluções opostas às do constituinte, Miranda, 2007, p. 313. Permitir o contrário seria uma “hórrida manifestação de “possessão” do *corpus* de uma lei, por um novo espírito convocado pelo intérprete” [Morais, 2011, p. 383].

⁸⁰ Que implicará que qualquer intervenção legislativa atentatória deste limite mínimo será inconstitucional por violação do art. 57.º. Cfr. Pineda, 2018, p. 108.

⁸¹ Cfr. Gomes, 2013, p. 85 que recusa a prevalência automática do direito à greve.

⁸² Cfr. Marques, 2011, p. 183 e Abrantes, 1996, p. 131.

⁸³ Aludindo à necessidade de garantir este direito de trabalho dos não grevistas, a STC 17/2017. Contrariamente havia o mesmo entendimento, na STC 80/2005, que o direito à greve sairia lesionado quando se o subordine a outros direitos que, “aun cuando constitucionalmente tutelados, como los son el derecho al trabajo [...] y la libertad de empresa [...], no tienen aquel rango ni su consiguiente protección”.

⁸⁴ Igualmente, Acs. TC 951/96 e 595/11.

Já quanto à livre iniciativa económica, diz-se que esta conflitua com o direito à greve em geral e com a proibição de substituição que dela decorre⁸⁵, na medida em que o empregador é confrontado com uma miríade de limitações aos seus poderes de direção e de gestão, com vista a finalidades de justiça material⁸⁶.

Pelo que a questão primacial será a de definir esses limites, exatificando o núcleo de poderes restantes na esfera do empregador.

Partindo do estabelecido no tocante ao conteúdo inatacável do direito fundamental à greve e ao seu caráter não absoluto, podemos *ab initio* concluir que também aqui a solução passará por encontrar esses limites através de soluções de proporcionalidade⁸⁷ na vertente da concordância prática.

Se é arguível que a não reverência da greve ao princípio da proporcionalidade *stricto sensu* resulta na impossibilidade de recorrer a este para declarar a ilicitude de uma greve na qual se verifique um desequilíbrio entre o valor das perdas para os trabalhadores e o dos prejuízos para o empregador⁸⁸, não menos certo é o facto de a limitação do direito à greve por definição de serviços mínimos e, especialmente, de serviços necessários à manutenção e segurança de equipamentos e instalações nos permitir concluir por uma intenção legislativa de afastar o seu exercício de um modo tal que afete a empresa de forma irreparável; “não se aceita que a greve vise, enquanto direito, a destruição da própria empresa” [Gomes, 2013, p. 69].

Entender o contrário seria aceitar a aniquilação do núcleo essencial da liberdade de empresa. Ainda assim, não deixa de ser certo que a CRP garante níveis de proteção superiores ao direito à greve quando contrastado com aquele⁸⁹. A CRP, ao remeter o seu exercício para os seus quadros e os da lei, de acordo com o interesse geral (art. 61.º/1), é clara: atribui uma ampla margem de manobra ao legislador, a quem caberá a delimitação do âmbito jufundamental pelos seus quadros de exercício. E essa liberdade de conformação do legislador, por se fundamentar numa remissão constitucional, será mais ampla do que nos casos de leis restritivas – por inexistirem limites fixos constitucionalmente garantidos⁹⁰ –, dando guarida a uma atuação legislativa que limite o direito até ao seu mínimo mais irreprimível, proibindo comportamentos que privem a greve da sua efetividade⁹¹.

⁸⁵ Cfr. o Ac. TC 15/2005, no qual se determina que a proibição constitui uma “limitação ao direito de iniciativa económica privada, na sua vertente de direção e gestão da actividade da empresa, consistente numa redução - mas não exclusão - do poder do empregador de decidir sobre a afectação dos meios humanos de que dispõe”. Em sentido contrário ia o Ac. TRE 18/2/2004 (relativamente ao qual se interpôs o recurso que resultou no anterior Ac.): “Não se vê, porém, que a [greve] [...] contenda com os princípios constitucionais [i.e., o direito de iniciativa económica] invocados pela recorrente, posto que se esteja perante um exercício lícito do direito à greve”.

⁸⁶ Referindo-se a este confronto como uma “legittima antitesi”, sob a qual cada parte usa as ferramentas previstas pelo ordenamento para gerir o binómio capital-trabalho, a Cassazione 9/5/2006.

⁸⁷ Cfr. Táscon López, 2018, p. 46 e Sala Franco, 2015, p. 36.

⁸⁸ Assim, PGR P001561981, P001681982, P000362017 e 6/2019. Igualmente, Leite, 2004, p. 283, Ramalho, 1986, pp. 67 ss. e Ramalho, 2015, p. 451, Abrantes, 2014, p. 110. Em sentido contrário, Xavier, 2014, pp. 179-183 e Martinez, 2017a, pp. 1272 a 1278.

⁸⁹ Semelhantemente, em Itália, considera-se que “there is a clear difference of protection between the right to strike granted to workers and the freedom of reaction granted to employers” [Calcaterra, 2018, p. 577].

⁹⁰ Cfr. Acs. TC 199/2005 e TC 187/2001.

⁹¹ A doutrina italiana, partindo de premissas semelhantes, chegou a resultados diferentes. Desenvolvendo a distinção entre oposição ao conflito e oposição no conflito, legítimas atuações do empregador reacionárias

Por outro lado, a hermenêutica constitucional jusfundamental não nos permite, noutros direitos, atribuições dirigidas a enfrentar a *eficácia* da greve⁹². Não afirmamos que exista um *dever* do empregador de colaborar com o êxito da paralisação⁹³: repudiamos qualquer entendimento que o conduza à posição de garante efetivador do direito à greve. Simplesmente cremos que o atual quadro constitucional e legal não permite encontrar na tutela da liberdade de empresa a justificação de medidas beligerantes que privem a greve da sua eficácia [Lambelho, 2018, p. 560] na sua ordem de incidência⁹⁴. De tal forma que poderes e direitos daquele que normalmente despregariam toda a sua capacidade potencial se encontram, no decurso da mesma, *anestesiados*⁹⁵, limitados⁹⁶ na medida do necessário, adequado e proporcional à garantia do direito à greve⁹⁷ e da externalização da sua aparência⁹⁸ - cada vez mais importante em face da crescente dificuldade de paralisar a produção [Pérez Rey, 2017, p. 152] – por forma a obviar uma utilização dos mesmos que redunde numa fraude à lei⁹⁹.

Limitando-se os poderes do empregador nessa medida, mantendo-se os necessários para levar a empresa a bom porto, o núcleo essencial do direito à iniciativa económica continua a ter materialização fáctica. Mas o mesmo já não pode ser dito – em face de uma interpretação *a contrario sensu* da proibição – relativamente ao direito à greve.

5.3. Do abuso do poder de direção e da boa fé

Esta linha de pensamento permite-nos o salto para uma outra conclusão: a de que – mesmo na falta daquela garantia – o recurso pelo empregador aos seus poderes de

à greve, desde que não impeçam o conflito ou neutralizem por completo os seus efeitos pelo embaraçamento da atuação legítima dos sindicatos. Cfr. Cassazione, 10/7/2002. Igualmente, Calcaterra, 2018, p. 571, Matteo Balestri, 2018, p. 4.

⁹² Por todos, Pérez Rey, 2017, p. 164.

⁹³ Considerando ser “irrealista transformar o empregador em um garante legal da eficácia da greve”, Gomes, 2013, p. 85.

⁹⁴ Cfr. Pérez Rey, 2017, p. 164, Grau Pineda, 2018, p. 119, Valle Muñoz, 2018, p. 214.

⁹⁵ Na expressão da STC 123/1992, que pela primeira vez reconheceu que a proibição de substituição deveria ser interpretada *ex constitutionem* para não permitir a aniquilação dos efeitos da greve.

⁹⁶ Cfr. a STC 11/1981.

⁹⁷ Contrariamente a STC 17/2017, ao admitir que “No se impone [al empresario] el deber o la obligación de colaboración con los huelguistas en el logro de sus propósito” parece abrir caminho para uma permissividade da capacidade beligerante do empregador. No entanto, como já se aclarou, há uma linha que separa a colaboração enquanto *facere* da abstenção de comportamentos.

⁹⁸ Cfr. a STS 3/10/2018 [igualmente a STS 5/12/2012], que entende vulnerar o direito à greve, na sua vertente de externalização do conflito, a impressão de jornais nas mesmas condições como se não houvesse greve. Contra, em voto particular com duas adesões, desdentado bonete, para quem a garantia da aparência de normalidade excedia o âmbito da proibição de substituição.

⁹⁹ Assim, Lambelho, 2018, p. 557 e o Ac. TRC 16/12/2015. Contrariamente, entendendo que as empresas podem tomar as “medidas de gestão necessárias e adequadas para debelar as consequências do exercício do direito à greve”, o Ac. TRL 12/7/2007.

Em sentido contrário ao aqui defendido vão os ordenamentos italiano e francês. Naquele [cfr. Sitzia, 2008, pp. 422 a 428], a *Corte Costituzionale* entende que nenhuma norma obriga um empregador a assumir uma posição passiva em face da greve. Segundo aquele Tribunal, ainda que haja uma obrigação de o empregador a se abster de atos que impeçam ou agravem o exercício do direito, tal obrigação não existirá em face de comportamentos que visem neutralizar ou diminuir os efeitos danosos da greve. Já em França, cujo ordenamento jurídico apesar de proibir a contratação de precários não se opõe à contratação por tempo indeterminado (Cassation 24/7/1952) e a modos de descentralização da produção como o recurso à contratação de empresas (Cassation 15/2/1979), permite-se a atenuação dos efeitos da greve através do recurso a soluções de substituição, com o intuito de não privilegiar de forma dogmática os interesses de alguma das partes [Vervoot, 2015, p. 83].

conformação da relação laboral e de reorganização empresarial com vista à neutralização dos efeitos da greve consubstanciar-se-á num *abuso de direito*¹⁰⁰, por se reconduzir ao exercício ilegítimo de direitos à margem dos seus fins socioeconómicos e dos ditames da boa fé, nos termos do art. 334.º CC.

Não questionamos, como já deixamos claro, a manutenção do poder de direção enquanto direito do empregador aquando da greve. A questão do abuso do direito nada tem a ver com a afirmação do direito em relação ao qual esse abuso se coloca. São “realidades diversas e só faz sentido falar em abuso do exercício de um direito relativamente a um direito cuja existência se reconhece”¹⁰¹.

Mas quer reconduzamos o abuso de direito a um *exercício disfuncional de posições jurídicas*¹⁰², à ideia de um *axiologismo subjacente*¹⁰³ ou à “violação da afetação substancial, funcional ou teleológica de um direito” sem desprezar a sua estrutura formal¹⁰⁴, a sua consagração enquanto instituto puramente objetivo tem como sentido primordial obstar à consumação de certos direitos que, ainda que válidos em tese, exorbitam claramente as finalidades que justificam a sua existência¹⁰⁵, em termos que ofendem gravemente o sentimento jurídico do *ius communes*¹⁰⁶ ao “prejudicar ou comprometer o gozo do direito de outrem”¹⁰⁷; por outras palavras, funcionar como válvula de escape do sistema em face de excessos manifestos e desproporcionados do exercício de um direito que os limites apertados da lei não contemplam [Pais de Vasconcelos, 2015, p. 34], adaptando o direito à evolução da vida.

É a estes quadros que entendemos ser subsumível a situação prospetada. Pois estando aqueles poderes adstritos à função de garantia da boa marcha da empresa – ainda que sob o concreto objetivo que o empregador pretenda alcançar com a exploração dos meios –, a sua utilização como mecanismo de desativação da pressão produzida pela greve constitui um exercício disfuncional de um direito para além da correspondência entre “o poder jurisdiccional estruturalmente considerado e o poder jurisdiccional funcionalmente autorizado” [Carvalho, 2012, p. 119] que, por comprometer o gozo do direito à greve dos trabalhadores, será contrário à boa fé e classificável de abusivo¹⁰⁸.

¹⁰⁰ Ponderando a sua aplicação como forma de evitar a neutralização do direito à greve no âmbito do trabalho suplementar, Gomes, 2013, pp. 70 e 86.

¹⁰¹ Ac. STJ 5/9/2018.

¹⁰² Cfr. Cordeiro, 2005, ponto 18.

¹⁰³ Conforme Neves, 1967, p. 524.

¹⁰⁴ Cfr. Varela, 2000, pp. 544 a 548, Sá, 1973, pp. 449 a 462, Serra, 1959, p. 253. Ou, na expressão de Carvalho, 2012, p. 117, “o que é típico do controle do abuso de direito é a desconformidade entre a imagem estruturalmente correta (ou corrigida) do direito subjetivo e a missão que a este último funcionalmente se assinou”.

¹⁰⁵ Cfr. Ac. STJ 18/12/2008: “Os direitos subjetivos e o seu exercício não são garantidos sem limites: eles devem manter-se dentro da sua função útil, prevista pelo direito objetivo”. Igualmente, Ac. STJ 19/10/2017.

¹⁰⁶ Desempenhados contra os “valores fundamentais do ordenamento jurídico” [Sousa, 1994, pp. 21 a 29].

¹⁰⁷ Ac. STJ 11/12/2013. Igualmente, os Acs. STJ 5/9/2017, 6/10/2017, 2/5/2018, 5/9/2018. Na doutrina, cfr. por todos, Lima & Varela, 1987, p. 299.

¹⁰⁸ Entendimento assente em Espanha. Cfr. SSTC 123/1992, 18/2007 e 33/2011. Igualmente, Sala Franco & López García de La Riva, 2013, p. 63, Tascón López, 2018, pp. 55 e 56, García Torres, 2017, p. 196. E nem se tente desconstruir inversamente este pensamento com a arguição de que a prestação dos serviços necessários à manutenção de equipamentos e instalações (art. 537.º/3) já cumpriria a função de garantia da boa marcha da empresa. Estes garantem apenas que, no fim da greve, a empresa esteja em condições físicas de retomar a laboração [Palma Ramalho, 2015, p. 497], como acautelamento do conteúdo essencial do direito à iniciativa económica e da garantia da manutenção dos postos físicos de trabalho. Há que diferenciar a ma-

Esta especial atenção ao dever de respeito pela boa fé¹⁰⁹ objetiva¹¹⁰ decorre do art. 334.º CC, mas tem aplicação exacerbada no âmbito dos conflitos coletivos por força do art. 522.⁰¹¹. Mais: o campo predileto de aplicação da boa fé é precisamente aquele em que se insere o problema da substituição de grevistas: o das “soluções de Direito estrito pouco claras, discutíveis ou em plena controvérsia” pela ponderação material da solução, por forma a reconfirmar decisões assentes noutros institutos [Menezes Cordeiro, 2005, ponto 21.]¹¹².

Esta linha argumentativa não se mostra livre de críticas.

Desde logo, arguir-se-ia que a atuação do empregador apenas incorporaria abuso de direito quando realizada com dolo ou, no limite, mera culpa e já não quando aquele visasse a mera prossecução do que entendia ser o melhor para a empresa. Esta crítica não vence. Como aclaramos, a boa fé dos arts. 334.º CC e 535.º CT não se reconduz à noção subjetiva de *julgar atuar em conformidade com o direito*, mas à sua versão objetiva de princípio normativo transpositivo e extralegal, com uma dimensão de justiça social e materialmente fundada¹¹³.

Por outro lado, alegar-se-ia que o exercício destes poderes estaria fora do escopo da doutrina do abuso de direito por não serem exercidos diretamente contra os grevistas. Também não vinga. Ainda que mediatamente os poderes de direção e organização enquanto direitos subjetivos não se versem sobre os trabalhadores grevistas, é inegável que os seus efeitos imediatos, quando redundem na neutralização das consequências da greve, atingi-los-ão. Como referimos, um direito subjetivo que se encontre esvaziado dos seus efeitos dificilmente poderá ser classificado como tal. Da mesma forma, não encontramos razão para excluir estes efeitos do escopo de utilização do poder de direção quando o nexo de causalidade se demonstre evidente.

Por último, argumentar-se-ia que a *ofensa gritante ao ius commune* nem sempre se verificaria. É certo que não será a mera contrariedade à *boa fé, aos bons costumes ou ao fim social e económico do direito* suficiente para a invocação do abuso; tal conclusão é-nos forçada pelo recurso do art. 334.º CC à adjetivação energética “manifestamente” e leva-nos utilizar o mecanismo com cautela e de forma explicitada. Entender o contrário, redundaria na sua banalização [Pais de Vasconcelos, 2015, p. 46]¹¹⁴.

manutenção das instalações da empresa e a garantia da sua viabilidade futura, alcançada pela conservação de um conteúdo mínimo dos poderes empresariais.

¹⁰⁹ Como assunção de um comportamento honesto, correto e leal no exercício de direitos e deveres [Coutinho de Abreu, 1999, p. 55], regendo as relações jurídicas enquanto princípio invadível de regras de ética, por forma a “manter uma relação jurídica num binário do equilíbrio e da proporcionalidade” [Ac. STJ 25/11/2014].

¹¹⁰ Cfr. Lima & Varela, 1987, p. 217 e Ac. STJ 23/11/2017.

¹¹¹ Como reforça Martinez, 2017b, p. 1136, não é por as partes se encontrarem em polos opostos de um conflito que a boa-fé deixará de condicionar as suas atuações.

¹¹² Igualmente, Ac. TRL 3/2/1998.

¹¹³ No mesmo sentido, a STC 33/2011.

¹¹⁴ Até porque se não há falta de interesse, se o exercício do direito objetivamente “se traduz no único modo possível de não se produzir em concreto um empobrecimento ou um encargo para a pessoa” [Carvalho, 2012, p. 121], a separação entre o interesse de manutenção do bom desenvolvimento empresarial e a vontade de dirimir os efeitos da greve será de difícil delimitação prática, apenas alcançável por uma ponderação casuística que nos permita concluir pela transcendência ou não do prejuízo para os grevistas.

Admitimos que este se mostra o maior obstáculo à nossa argumentação, pois certamente que a mera atenuação, com poucos resultados, dos efeitos da greve, ainda que (no nosso entendimento) contrária às garantias imanadas do art. 57.º CRP e à melhor linha interpretativa do art. 535.º, tais pontos apenas servem para densificar a ponderação da boa fé na justiça casuística. E apesar dessa atuação violar o dever de boa fé objetivo e bem assim o fim económico do poder de direção, especialmente aduzido no âmbito dos conflitos coletivos, é-nos impossível anuir, pelo menos na discussão abstrata, a invocação daquele abuso. E isto porque o exercício dos poderes patronais com o efeito de dirimir as consequências práticas da greve afastar-se-á tanto mais da sua finalidade jurisdicção e da sua execução em conformidade com a boa fé quanto mais nulificadas aquelas consequências se mostrarem; há uma ligação inexorável entre a atuação do empregador pelo recurso àqueles poderes e a atuação em vista ao extermínio daquelas consequências. A consciência social é capaz de virar os olhos a uma compressão mínima do direito à greve e dos seus efeitos, mas já não se compadecerá, no momento histórico atual, com a sua aniquilação. Conleva-se assim um feixe de interesses que na sua tensão e conflitualidade obnubilam o interesse positivo associado ao acionamento ilimitado do poder de direção, sob pena de, *a contrario*, se tornar irrelevante a isonomia valorativa que o ordenamento pretende acautelar.

No entanto, a limitada aplicabilidade prática desta doutrina não justificará o seu engavetamento, por ainda assim se revelar um método útil para o combate a excessos abusivos do empregador.

Pelo que sempre que essa atuação de extermínio atinja proporções às quais o próprio sistema não pode mais virar os olhos, poderemos invocar a doutrina do abuso de direito.

5.4. Da interpretação extensivo-teleológica e da fraude à lei

Sendo certo que do que dissemos já se justifica a postergação da aplicação absoluta da interpretação declarativa do art. 535.º, consideramos ainda assim encontrar, neste, indícios que nos permitem alcançar idêntica conclusão.

Como denotam Monteiro Fernandes [2013, p. 78] e Ana Lambelho [2018, p. 556], a formulação do art. 535.º oferece espaço para dúvidas de aplicação.

Ultrapassados os postulados hermenêuticos da interpretação extensiva¹¹⁵, resta-nos saber se, ao estendermos a letra da norma “até ao limite do sentido literalmente possível”¹¹⁶, conseguimos encontrar no seu enunciado uma teleologia passível de englobar na *facti species* da proibição outras formas de substituição material reconduzíveis à fraude à lei¹¹⁷.

Diríamos que sim. Desde logo, pela *intensidade e extensão*¹¹⁸ da referente *substituição*. Sendo certo que já entramos no domínio perigoso da suposição, dada a falta de

¹¹⁵ Cfr. Justo, 2012, p. 342.

¹¹⁶ Larenz, 1997, p. 399. Igualmente, Ac. STJ, 13/11/2014.

¹¹⁷ “Existirá fraude à lei quando se lança mão de uma norma de cobertura para lograr ultrapassar – ou incumprir – a norma [...] aplicável à relação jurídica”, cfr. Ac STJ 20/10/2009.

¹¹⁸ Cfr. Kaufmann | Hassemer 2015, p. 401: “O sentido possível das palavras é, contudo, um limite de interpretação muito fraco.” Deve-se, pois, distinguir entre a intensidade – as regras de aplicação do conceito,

elementos interpretativos históricos, não temos grandes dúvidas de que o legislador, na versão da norma exarada na primeira Lei da Greve, ao proibir apenas a substituição por pessoas que à data da entrega das reivindicações não estivessem ligadas à empresa por contrato de trabalho, não quis conscientemente excluir outras formas possíveis de substituição; simplesmente concebeu, dada a realidade organizativo-empresarial e tecnológica da altura, que o empregador substituiria os grevistas primacialmente pelo recurso a trabalhadores externos. Mas por força do desenvolvimento tecnológico, do mais elevado nível de automação industrial e das mais complexas formas de organização e cooperação empresarial-societária, a *intensidade* do conceito *substituição* e, conseqüentemente, a sua *extensão*, não seriam as mesmas aquando das sucessivas revisões da norma. Tal como certamente não o serão agora, na sequência da revolução informática e do surgimento da *economia colaborativa* na senda do *Trabalho 4.0*¹¹⁹. A mudança estrutural e funcional ocorrida ao longo das últimas quatro décadas mudaram profundamente não só a maneira de efetuar a prestação laboral, mas inclusive a percepção da própria prestação e da relação laboral¹²⁰. Mudança para a qual a norma, interpretada declarativamente, se mostra inadequada¹²¹.

Da mesma forma, é inegável que a noção de *substituição* no pedaço de vida que é a relação laboral enquanto conjunto de factos em conexão natural analisada em toda a sua possível relevância jurídica e no seio da qual um *referente* preclude no intérprete uma pré-compreensão do mesmo dissemelhante à de outros recortes de vida, foi igualmente alvo de subseqüentes reformulações no léxico comum por força destes avanços¹²².

Também neste sentido flui a subseqüente atuação legislativa que, lenta, mas certamente, tem construído o conceito de substituição “no confronto com as situações de substituição que se vão colocando” [Lambelho, 2018, p. 563].

Primeiro ao estender o início do período da substituição do momento da entrega das reivindicações para o momento da data do pré-aviso e ao proibir a admissão de novos trabalhadores e a deslocalização interestabelecimentos ou serviços, em consequência da à data crescente complexificação da estrutura empresarial que, ainda assim, se mantinha primacialmente heterogénea.

E depois pela proibição da contratação de empresas.

Estes constantes afloramentos da proibição, aliados ao elemento gramatical ínsito na epígrafe do artigo, levam-nos a rejeitar a recondução de Monteiro Fernandes [2013, p. 79] do termo *substituição* apenas aos modos de “realização das mesmas tarefas por pessoas não pertencentes ao grupo de referência – o ‘estabelecimento ou serviço’”, para concluir que, apesar das constantes evoluções da norma, a sua teleologia foi sempre a de

apuradas através da descrição de um uso real da linguagem – e a extensão dos conceitos – as situações que o conceito representa. Aquelas determinam estas.

¹¹⁹ Reconduzindo-o ao “trabalho do há-de vir”, Moreira, 2016, p. 248.

¹²⁰ Argumento igualmente aplicável ao conceito de empregador para efeitos de extensão subjetiva da norma no âmbito da descentralização produtiva ao empregador credor da prestação com o qual o empregador havia contratado e em cujos estabelecimentos ou serviços o trabalho estava a ser prestado.

¹²¹ Com idêntico entendimento sobre o art. 6.5 do RDL 17/77, Sánchez Quinõnes, 2018, p. 3.

¹²² A lei vale de igual para todas as épocas, mas em cada uma valerá da forma como a própria época a compreende e desimplica, segundo a sua consciência jurídica e as alterações do termo de referência [Baptista Machado, 1982, pp. 191 e 192].

evitar a neutralização dos efeitos da greve pela substituição dos grevistas, independentemente da forma como esta ocorra, ainda que com o cuidado de garantir que na esfera jurídica do empregador permaneçam poderes suficientemente latos para, na duração do conflito, levar a empresa a bom porto.

Por outro lado, mostra-se invocável o argumento sistemático da unidade do sistema. Como já afirmamos, a proibição decorre já da garantia assimilada no art. 57.º CRP, tendo sempre a extensão necessária à manifestação dos efeitos da greve sob pena de aniquilação do conteúdo do direito, encontrando os seus limites apenas na não imposição de consequências catastróficas que redundem na destruição da empresa.

Enquanto princípio de coerência axiológica, a unidade do sistema obriga-nos a dialogar a proibição consignada no art. 535.º não só com o normativo da Greve nem tampouco apenas com o Direito do Trabalho, mas com o ordenamento jurídico na sua plenitude. Pelo que, tomando como certas as premissas avançadas, também aqui caberão os comportamentos não necessários à continuação da empresa que, por *identidade de razão* com os previstos neste artigo, afetem o cerne do direito à greve.

Para além de que, ao desligarmo-lo da garantia da efetivação do direito à greve, abrindo a hipótese de nulificação dos efeitos do conflito por formas alternativas às expressamente previstas, abrimos a porta para, nessas situações, desprovermos a proibição de qualquer outro sentido senão aquele de proteger o direito dos grevistas de não realizarem a sua prestação [García Torres, 2017, p. 196].

De outra sorte, relevará uma linha argumentativa *a fortiori*. Dada a atual complexidade do tecido empresarial e da evolução tecnológica, são vários os métodos e mecanismos a que um empregador pode deitar mão para suprir a falta dos trabalhadores grevistas. Os quais frequentemente não só produzirão os mesmos efeitos que a substituição externa, como, caso ocorram a curto prazo, se demonstram menos dispendiosos do que aquela.

Ora, *a minori, ad maius*: não faria sentido impor ao empregador uma proibição nos termos da do art. 535.º e depois permitir o recurso a mecanismos proporcionalmente tão ou mais danosos do conteúdo do direito à greve.

Finalmente, também a experiência comparada servirá de apoio interpretativo. Pois se por um lado ordenamentos com proibições semelhantes como o francês e o italiano limitam a proibição a pouco mais do que a sua interpretação declarativa, certo é que nesses mesmos a produção jurisprudencial e doutrinal sobre a matéria é tão ou mais escassa que no português.

A história já difere no ordenamento espanhol, onde a discussão integra parte central da matéria da Greve. Mas que apenas ganhou vapor a partir da STC 123/1992. O que bem se compreende: esta sentença, ao contrário das já abordadas da *Corte Costituzionale* e do Tribunal Constitucional, desenvolveu de forma aprofundada a dialética entre greve, poderes empresariais e substituição de grevistas, abrindo caminho ao seu desenvolvimento doutrino-jurisprudencial posterior.

Pelo que não será descabido apoiarmo-nos nesta experiência para desenvolvermos a proibição no nosso ordenamento. Em especial quando consideramos que, naquele, o

caminho para alcançar o ponto em que a proibição se encontra foi mais sinuoso do que se mostraria no nosso, por força do argumento gramatical: ao passo que a letra do art. 57.º CRP *garante* o direito à greve, a do art. 28 CE apenas o reconhece. Por outro lado, a permissão em Espanha do *lock-out* defensivo mostra que o paternalismo legislativo no âmbito do conflito coletivo não é tão vincado como em Portugal, dificultando interpretações normativas que circunscrevam de forma tão gravosa os poderes empresariais. Finalmente, enquanto que o nosso art. 535.º se refere à substituição por contratação de externos, por transferência entre estabelecimentos ou serviços e por contratação de empresas, com efeitos que retroagem à data do pré-aviso, o art. 6.5 RDL 17/77 apenas proíbe expressamente a substituição por trabalhadores não vinculados à empresa no momento da comunicação da greve.

Apesar destas dificuldades conseguiu-se, com os argumentos que fomos aduzindo, aumentar o escopo da proibição em face das reais vicissitudes da vida.

Por tudo isto, entendemos que há lugar a uma interpretação extensivo-teleológica da norma a uma série de atuações empresariais distintas que têm a igual consequência de esvaziar o conteúdo da pressão ocasionada pela não realização concertada do trabalho¹²³, reconduzindo-se à fraude à lei. Tal interpretação do artigo não só parece razoável, como “constituye un imperativo ineludible si se quiere garantizar que el mismo sea capaz de cumplir la misión institucional que justifica y da sentido a su reconocimiento” [Grau Pineda, 2018, p. 207].

6. Notas conclusivas

A complexidade das várias formas de substituição analisadas não pode solucionar-se, completamente, a partir da legalidade ordinária meramente declarada, ainda que se possam cifrar as suas linhas essenciais a partir da interpretação judicial ou constitucio-

nal. As novas estruturas empresariais, a digitalização e os restantes serviços e formas de trabalhar e de prestar trabalho que cá estão e que estão por chegar requerem respostas constitucionais *também novas* [Preciado Doménech, 2017] por uma análise casuística do conflito [Cordero Gordillo, 2019, p. 351], sob pena de esvaziamento do conteúdo prático do direito [Martinez Moreno, 2017, p. 894].

Difícilmente recorrerá o empregador apenas a um dos mecanismos disponíveis para suprir os efeitos patrimoniais da greve. Estes expedientes não existem numa bolha e, no caso concreto, haverão de ser analisados holisticamente para aferir do seu encaixe na proibição e da neutralização do direito.

Mas mesmo que vejamos no direito à greve um rasgo finalista, não podemos afirmar que qualquer redução da sua eficácia implique uma lesão do direito. Inversamente, também não aceitamos que o empregador utilize todos os meios de que dispõe sempre que tal não implique uma alteração dos recursos humanos ou materiais da empresa.

Ainda assim, faremos prevalecer, em ambos os casos, o critério da máxima efetividade dos direitos fundamentais em jogo, não podendo, portanto, subtrair virtualidade

¹²³ Mas já não à substituição tecnológica, a qual será de integrar por recurso à analogia.

à greve enquanto meio de pressão. Fazê-lo equivaleria a retornar o conflito laboral ao contexto da indefesa do Homem em face da empresa [Miñarro Yanini, 2018]; equivaleria a relegar a greve, enquanto medida de conflito, primeiro à inoperatividade e, eventualmente, a um mero resquício perdido nas areias de um outrora esquecido.

7. Bibliografia

- ABRANTES, J.J. (2014). *Direito do trabalho, vol. II (Direito da greve)*. Coimbra: Almedina.
- ABRANTES, J.J. (1996). *Direito do trabalho: ensaios*. Lisboa: Edição Cosmos
- ABREU, J.C. (1999). *Do abuso do direito*. Coimbra: Almedina.
- AGUILAR DEL CASTILLO, M.C. (2018). El uso de la tecnología y el derecho de huelga: realidades en conflicto. *Labour & Law Issues*, vol. 4, n.º 1.
- AMADO, J.L. (2018). *Contrato de trabalho – Noções básicas*, 2.^a Edição. Coimbra Almedina,
- AMARAL, D.F. (2017) Artigo 9.º – Interpretação da lei. In Prata, A. (coord.). *Código Civil anotado – Vol. I, Artigos 1.º a 1250.º*. Coimbra: Almedina.
- BALESTRI, M. (2018). Esercizio del diritto di sciopero e legittimità della reazione datoriale (Nota a Decreto del Tribunale di Firenze del 09/07/2018). *Lavoro, Diritti, Europa, Rivista Nuova di Diritti del Lavoro*, n.º 2.
- BAYLOS GRAU, A.P. (2017). ¿Se opone el derecho del trabajo al derecho de huelga? Una argumentación falsa. *Nueva Tribuna* [retirado de <https://www.nuevatribuna.es/opinion/antonio-baylos/opone-derecho-trabajo-derecho-huelga-argumentacion-falsa/20170425104607139106.html>].
- CALCATERRA, L. (2018). The replacement of strikers under Italian law: A brief comment. *Comparative Labour Law & Policy Journal*, vol. 39, n.º 3, pp. 569-578.
- CANOTILHO, J.G. & MOREIRA, V.M. (2007). *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4.^a Edição. Coimbra: Coimbra editora.
- CARVALHO, C.O. (2011a). Titularidade do direito à greve, dever de paz social e exercício do direito à greve nas microempresas. In *Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches – vol. II: Direito privado, processual e criminal*, pp. 173-207.
- CARVALHO, C.O. (2011b). *Da dimensão da empresa no direito do trabalho. Consequências práticas da dimensão da empresa na configuração das relações laborais individuais e colectivas*. Lisboa: Coimbra Editora – Grupo Wolters Kluwer.
- CARVALHO, O., FERNANDES, F.L., GUIMARÃES, M.R. & REDINHA, M.R. (coord.) (2012). *Teoria geral do direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora.
- CAUPERS, J. (1985). *Direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*, Coimbra: Almedina.
- CAUPERS, J. (1978). *Relações colectivas de trabalho*. Lisboa: Empresa Literária Fluminense.
- CEINOS SUÀREZ, Á. (2000). *La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de huelga*. Granada: Editorial Comares.
- CORDEIRO, A.M. (2005). Do abuso do direito: Estado das questões e perspectivas. *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. II.
- CORDERO GORDILLO, V. (2019). La sustitución de los trabajadores huelguistas por medios tecnológicos. *Lex Social*, vol. 9, n.º 1, pp. 338-354.
- CORREIA, L.B. (1980/81). *Direito do trabalho – sumários desenvolvidos das lições dadas ao 2.º ano do curso de gestão no 2.º semestre de 1980-1981*, vol. I. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa.
- DAMELE, G. (2014). As origens não são (apenas) um mito. O argumento “psicológico”: entre a letra da lei e a vontade do legislador. *O Direito*, ano 146, IV, pp. 945-960.

DIÉGUEZ CUERVO, G. (1993). Sustitución “interna” de huelguistas. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 58, pp. 211-220.

DRAY, G. (2015). *O princípio da proteção do trabalhador*. Almedina: Coimbra.

DRAY, G. (coord.) (2016). *Livro verde sobre as relações laborais*. Lisboa: Gabinete de Estratégia e Planeamento do Ministério do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social.

DUQUESNE, F. (2010). Annonce de la grève et recours à l'intérim. *Droit Social*, n.º 689, pp. 557-560.

EGÍDIO, M. (2017). A interpretação conforme à Constituição na jurisprudência constitucional da crise. *O Direito*, n.º 149, pp. 627-652

FERNANDES, A.M. (2017). *Direito do trabalho*, 18.ª Edição. Coimbra: Almedina.

FERNANDES, A.M. (2013). *A lei e as greves – Comentários a dezasseis artigos do Código do Trabalho*. Coimbra: Almedina.

FERNANDES, A.M. (1982). *Direito de greve – Notas e comentários à lei n.º 65/77, de 26 de Agosto*: Coimbra: Almedina.

FERNANDES, F.X.L. (2018). *O trabalho e o tempo: Comentário ao Código do Trabalho*. Porto: Universidade do Porto.

FERNANDES, F.X.L. (2010). *A obrigação de serviços mínimos como técnica de regulação da greve nos serviços essenciais*. Coimbra: Coimbra Editora.

FERRANDO GARCÍA, F. (2011). Un nuevo avance en la doctrina constitucional sobre sustitución interna de huelguistas: del efecto “anestésico” de las facultades directivas a la obligación empresarial de garantizar la eficacia de la huelga – comentario a la STC 33/2011, de 28 de marzo (rec. Amparo 6171/2004). *Revista de Derecho Social*, n.º 54, pp. 181-188.

GARCÍA TORRES, A. (2017). Derecho de huelga y subcontratación: a vueltas con el “esquirolaje externo” (SJS núm. 33 de Barcelona, de 25 de abril de 2016 [AS 2016, 930]). *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 196, pp. 225-230.

GOMES, J.V.M. (2013). Da proibição de substituição de grevistas à luz do artigo 535.º do Código do Trabalho. *Questões Laborais*, n.º 42, pp. 61-86.

GOMES, J.V.M. (2010). Novas, novíssimas e não tão novas questões sobre a transmissão da unidade económica em direito do trabalho. In *Novos estudos de direito do trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 89-119.

GOMES, J.V.M. (2007). *Direito do trabalho, vol. I – Relações individuais de trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora.

GOMES, J.V.M. (2000). Do uso e abuso do período experimental. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Ano XXXI (XIV da 2ª série), n.ºs 1 e 2, pp. 37-74 e Ano XLI (XIV da 2ª série), n.ºs 3 e 4, pp. 245-276.

GOUVEIA, J.B. (2003). *O Código do Trabalho e a Constituição portuguesa*. Lisboa: Espírito das Leis Editores.

GRAU PINEDA, C. (2018). El impacto de las nuevas tecnologías en el derecho de huelga: a propósito de la sustitución de huelguistas por medios tecnológicos. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 206, pp. 99-124.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (2018). *Freedom of Association – Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association*, 6th Edition. Genova: ILO.

JUSTO, A.S. (2012). *Introdução ao estudo do direito*, 6.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

KAUFMANN, A. & HASSEMER, W. (2015). *Introdução à filosofia do direito e teoria do direito contemporâneas* (tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira, revisão científica e coordenação de António Manuel Hespanha), 3.^a Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

KLEIN, T. & LEIST, D. (2017). *Kein Einsatz von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher - Die Neuregelung in § 11 Abs. 5 AÜG n.F. im Hinblick auf Auslegung, Schutzlücken, Rechtsfolgen und Durchsetzung. Arbeit und Recht*, n.º 3, pp. 100-105.

LAMBELHO, A. (2018). A substituição de trabalhadores grevistas por robots. In Cerejeira Namora, et al. (coord). *The balance between worker protection and employer powers: Insights from around the world*. Cambridge: Cambridge Scholars Publishing, pp. 543-566.

LARENZ, K. (1997). *Metodologia da ciência do direito*, 6.^a Edição (trad. José Lamego). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

LEITÃO, L.M.T.M (2016). *Direito do trabalho*. Coimbra: Almedina.

LEITE, J. (2004). *Direito do trabalho*, vol. I. Serviços de Ação Social da Universidade de Coimbra, Coimbra.

LEITE, J. (1994). *Direito da greve – das lições ao 3º ano da FDUC*, edição de 1992/93. Coimbra: Serviços de Ação Social da Universidade de Coimbra – Serviço de textos.

LIMA, A.P. & VARELA, J.A. (1987). *Código Civil anotado*, vol. I, 4.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.

LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R. (2014). Significativos y cercanos pronunciamientos sobre la huelga. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 164, pp. 115-141.

LUNARDON, F. (2011). *Trattato di Diritto del Lavoro – volume terzo – conflitto, concertazione e partecipazione* (direto da mattia persiani e franco carinci). Milano: Casa Editrice Dott.

MACEDO, P.S. (1990). *Poder disciplinar patronal*. Coimbra: Almedina.

MACHADO, J.P. (1982). *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina.

MALLET, E. (2014). *Dogmática elementar do direito da greve*. São Paulo: LTR Editora.

MARTINEZ, P.R. (2017a). *Direito do trabalho*, 8.^a Edição. Coimbra: Almedina.

MARTINEZ, P.R., et al. (2017b). *Código do trabalho – anotado*, 11.^a Edição. Coimbra: Almedina.

MARTINEZ, P.R. (2003). *Código do Trabalho anotado*, 1.^a Edição. Coimbra: Almedina.

MARTÍNEZ MORENO, C. (2017). El ser o no ser de la huelga, el fútbol y el esquirolaje. A propósito de la STC 17/2017, de 2 de febrero, caso Telemadrid. *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 9, pp. 894-902

MARTINS, P.F. (2017). *Cessação do contrato de trabalho*, 4.^a Edição. Cascais: Princípia.

MARQUES, A.S. (2009). Os serviços mínimos na jurisprudência dos tribunais arbitrais. *Questões Laborais*, n.º 34, pp. 175-217.

MARQUES, J.S. (1994). *Introdução ao estudo do direito*, 2.^a Edição. Lisboa: Centro de Estudos de Direito Civil da Universidade de Lisboa.

MIÑARRO YANINI, M. (2018). Según el Tribunal Constitucional “si es tecnológico, no es esquirolaje”: retos del derecho de huelga en la sociedad del trabajo digitalizado y externalizado. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2017, de 2 de febrero. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n.º 429.

- MIRANDA, J. (2007). *Manual de direito constitucional, Tomo II, Constituição*, 6.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- MOLINA NAVARRETE, C. (2015). Despido colectivo y derecho de huelga: la invención judicial del “esquirolaje interno indirecto” [diálogo con la Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de abril de 2015 (RJ 2015, 1249), rec. núm. 354/2014 (Grupo Coca-Cola)]. *Revista de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, n.º 388.
- MONEREO PÉREZ, J. (2017). Por una “teoría general” de los derechos sociales fundamentales que garanticen su plena efectividad. *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 8, pp. 698-762.
- MORAIS, C.B. (2011). *Justiça constitucional, Tomo II, O direito do contencioso constitucional*, 2.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- MOREIRA, T.C. (2016). Algumas questões sobre trabalho 4.0. *Prontuário de Direito do Trabalho*, II, pp. 245-264.
- NABAIS, J.C. (1990). Os direitos fundamentais na jurisprudência do Tribunal Constitucional. Separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º LXV, pp. 61-120.
- NEVES, A.C. (1967). *Questão-de-facto, questão-de-direito ou o problema metodológico da jurisdição (Ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Almedina.
- NOGLER, L. (2018). La titularidad conjunta del derecho de huelga. *Trabajo y Derecho, Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, n.º 41, pp. 15-27.
- PERA, G. (1980). *Diritto del lavoro*. Padova: Cedam.
- PEREIRA, A.G. (2003). As diversas e graves inconstitucionalidades do Código do Trabalho. *Questões Laborais*, n.º 22, pp. 224-236.
- PEREIRA, A.G. (1992). *Temas laborais*. Lisboa: Veja.
- PEREIRA, M.A. (2001). Direito de greve – Substituição de trabalhadores durante a greve – Empresas de segurança – Conceito de “estabelecimento” ou “serviço”. *Revista do Ministério Público*, n.º 85, pp. 149-157.
- PÉREZ REY, J. (2017). El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol) – Comentario a la STC 17/2017 (BOE 10 de marzo de 2017). *Revista de Derecho Social*, n.º 77, pp. 151-168.
- PÉREZ REY, J. (2013). El esquirolaje tecnológico: un importante cambio de rumbo de la doctrina del tribunal supremo (STS de 5 de diciembre de 2012). *Revista de Derecho Social*, n.º 61, pp. 163-176.
- PINTO, C.A.M. (2012). *Teoria geral do direito civil*, 2.^a reimpressão da 4.^a Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- PINTO, P.M. (2007). A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português. In Monteiro, A.P. et al. (org.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspetiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, pp. 145-164.
- PRECIADO DOMÉNECH, C.H. (2017). El esquirolaje tecnológico: un paso más en la sumisión de la persona a la máquina. In *Jurisdicción Social. Blog de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia* [retirado de <https://bit.ly/2UNTdOu>].
- RAMALHO, M.R.P. (2016). *Tratado de Direito do Trabalho, Parte II – Situações laborais individuais*, 6.^a Edição. Coimbra: Almedina.

- RAMALHO, M.R.P. (2015). *Tratado de Direito do Trabalho, Parte III – Situações laborais coletivas*, 2.ª Edição. Coimbra: Almedina.
- RAMALHO, M.R.P. (2000). *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*. Coimbra: Almedina.
- RAMALHO, M.R.P. (1994). *Lei da greve anotada*. Lisboa: LEX.
- RAMALHO, M.R.P. (1986). Greves de maior prejuízo – Notas sobre o enquadramento jurídico de quatro modalidades de comportamento grevista (greves intermitentes, rotativas, trombose e retroativas). *Revista Jurídica*, n.º 5, pp. 67-115.
- ROTA, A. (2018). Il crumiraggio tecnologico: una lettura comparata. *Labour & Law Issues*, vol. 4, n.º 1.
- SÁ, F.A.C. (1973). *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina
- SALA FRANCO, T. (2015). Los mecanismos de defensa empresariales frente a una huelga, in Borrajo Dacruz, E. (org.). *Controversias vivas del nuevo derecho del trabajo* Espanha: La Ley.
- SALA FRANCO, T. & LÓPEZ GARCÍA DE LA RIVA, I. (2013). *Los mecanismos de defensa empresariales frente a una huelga*. Espanha: Tirant lo Blanch.
- SÁNCHEZ QUIÑONES, L. (2018). Una reflexión sobre el derecho de huelga y los esquirolles. *Diario La Ley*, n.º 9109.
- SANTONI, F. (1999). *Lo sciopero*, 4.ª Edição. Itália: Jovene Editore.
- SELLAMI, H. (1999). Le remplacement des grévistes dans les entreprises privées. *Revue Pratique de Droit Social*, n.º 649.
- SERRA, A.V. (1959). Abuso do direito (em matéria de responsabilidade civil). *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 85
- SILVA, M.M.M. (2002). Flexibilidade e rigidez das leis laborais. As novas formas de contratação. In Moreira, A. (coord.). *IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho – memórias*. Lisboa: Almedina.
- SITZIA, A. (2008). Potere organizzativo e condotta antisindacale: sostituzione di lavoratori scioperanti con non aderenti allo sciopero e sonsaggio preventivo sull'adesione allo stesso. *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, n.º 2, pp. 422-428.
- SOUSA, M.R. (1994). *Concurso público na formação do ato administrativo*. LEX.
- TÁSCON LÓPEZ, R. (2018). *El esquirolaje tecnológico*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- TEYSSIE, B. (2016). *Droit du travail – Relations collectives*, 10.ª Edição. Paris: LexisNexis.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. (2019). Nuevas tecnologías y derechos fundamentales de los trabajadores – editorial. *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 2, pp.129-134.
- VALLE MUÑOZ, F.A. (2018). La sustitución tecnológica de trabajadores huelguistas. *IUS-Labor*, n.º 3.
- VARELA, J.M.A. (2000). *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.ª Edição. Coimbra: Almedina.
- VASCONCELOS, P.P. (2015). O abuso do abuso do direito – um estudo de direito civil. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, vol. I, pp. 33-56.
- VERVOORT, M. (2015). *L'exercice du droit de grève dans le secteur privé*. Thèse pour l'obtention du grade de Docteur en Droit. Antipolis: Université Nice Sophia.
- XAVIER, B.G.L. (2018). *Direito do trabalho*, 3.ª Edição. Lisboa: Rei dos Livros.
- XAVIER, B.G.L. (1986). Substituição da empresa fornecedora de refeições e situação jurídica do pessoal utilizado no local: inaplicabilidade do art. 37.º da LCT (parecer). *Revista de Direito e Estudos Sociais*, n.º 3, pp. 443.

XAVIER, B.G.L. (1984). *Direito da greve*. Lisboa: Verbo.

8. Jurisprudência

Espanha

Tribunal Constitucional

STC 17/2017, de 2/2 [retirado de <https://bit.ly/2uVDdLH>]

STC 33/2011, de 28/3 [retirado de <https://bit.ly/2uZ5pxm>]

STC 18/2007, de 12/2 [retirado de <https://bit.ly/2UQEFxm>]

STC 80/2005, de 4/4 [retirado de <https://bit.ly/2VxDGPQ>]

STC 123/1992, 28/09 [retirado de <https://bit.ly/2D84ejD>]

STC 11/1981 8/4 [retirado de <https://bit.ly/2P3cx4I>]

Tribunal Supremo

SSTS 3/10/2018, 885/2018 e 888/2018 (rec. 3365/2018)

STS 30/4/2013 (rec. 2465/2012)

STS 5/12/2012 (rec 265/2011)

Tribunal Superior de Justicia

STSJ Aragón 6/10/2010 (AS 2010/2353)

STSJ Valencia 15/12/2009 (AS 2010, 200)

STSJ Madrid 16/11/1992 (AS 1992, 5709)

França

Cour de Cassation

Cassation sociale, 11/1/2000, n.º 97-22025 [retirado de <https://bit.ly/2P2iY8k>]

Cassation sociale, 15/2/1979, n.º 76-14-527 [retirado de <https://bit.ly/2Iqa8zY>]

Cassation sociale, 24/7/1952

Itália

Corte di Cassazione

Cassazione 10/7/2015, n.º 14444 [retirado de <https://bit.ly/2UMoUVd>]

Cassazione 6/8/2012, n.º 14157 [retirado de www.dirittoitaliano.com]

Cassazione 19/7/2011, n.º 15782 [retirado de <https://bit.ly/2IoybPS>]

Cassazione 9/5/2006, n.º 10624 [*apud* Anna Rota, 2018:47].

Cassazione, 4/7/2002, n.º 9709 [retirado de <https://bit.ly/2ULmjOp>]

Cassazione 16/11/1987, n.º 8401 [*apud* Francesco Santoni, 1999:85]

Cassazione 13/3/1986, n.º 1701 [*apud* Francesco Santoni, 1999:85]

Portugal

Tribunal Constitucional

Ac. TC 595/11, proc. 751/11, de 30/11/2011, Relator: Joaquim de Sousa Ribeiro

Ac. TC 15/2005, proc. 862/04, de 18/1/2005, Relatora: Maria dos Prazeres Beleza

Ac. TC 509/2002, proc. 768/02, de 19/12/2002, Relator: Luís Nunes de Almeida

Ac. TC 187/2001, proc. 120/95, de 2/5/2001, Relator: Paulo Mota Pinto

Ac. TC 951/96, proc. 481/94, de 10/07/1996, Relator: Vítor Nunes de Almeida

Ac. TC 480/89, proc. 604/88, de 13/7/1989, Relator: Messias Bento

Supremo Tribunal de Justiça

- Ac. STJ, 5/9/2018, proc. 311/13.5TTEVR.E2.S1, Relator: António Leones Dantas
Ac. STJ, 2/5/2018, proc. 1887/14.5T8BRR-A.L1.S1, Relator: Chambel Mourisco
Ac. STJ, 19/10/2017, proc. 1468/11.5TBALQ-B.L1.S1, Relatora: Rosa Tching
Ac. STJ, 23/11/2017, proc. 212/12.4TVLSB.L1.S1, Relatora: Maria do Rosário Morgado
Ac. STJ, 5/9/2017, proc. 281/16.8T8CHV-A.G1.S1, Relator: Fonseca Ramos
Ac. STJ, 6/10/2017, proc. 3649/13.8TTLSB.S2, Relator: Gonçalves Rocha
Ac. STJ, 22/9/2015, proc. 498/12.4TTVCT.G1.S1, Relatora: Ana Luísa Galdes
Ac. STJ, 9/9/2015, proc. 499/12.2TTVCT.G1.S1, Relator: António Leones Dantas
Ac. STJ 25/11/2014, proc. 3220/07.3TBGDM-B.P1.S1, Relator: Gabriel Catarino
Ac. STJ, 13/11/2014, proc. 1936/10.6TBVCT-N.G1.S1, Relator: Salazar Casanova
Ac. STJ 11/12/2013, proc. 629/10.9TTBRG.P2.S, Relator: Fernandes Da Silva
Ac. STJ 7/4/2011 (uniformizador), proc. 1839/06.9TBMST.P1.S1, Relator: Álvaro Rodrigues
Ac. STJ, de 20/10/2009, proc. 115/09.0TBPTL.S1, Relator: Sebastião Póvoas
Ac. STJ, de 18/12/2008, proc. 08B2688, Relator: Santos Bernardino
Ac. STJ, de 23/5/2005, proc. 04S3159, Relator: Sousa Peixoto
Ac. STJ, 04/10/1995, proc. 7032/91, Relator: Loureiro Pipa
Ac. STJ (uniformizador), 16/10/1984, proc. 070507, Relator: Amaral Aguiar

Tribunal da Relação de Coimbra

- Ac. TRC, 16/12/2015, proc. 2509/15.2T8VIS.C1, Relatora: Paula Do Paço
Ac. TRC, 7/4/2016, proc. 639/14.7T8LRA.C1, Relator: Azevedo Mendes
Ac. TRC, 20/4/2006, proc. P.4122/05, Relator: Fernandes Da Silva

Tribunal da Relação de Évora

- Ac. TRE, 8/6/2017, proc. 3061/15.4T8FAR.E1, Relator: João Nunes
Ac. TRE, 22/6/2004, proc. n.º 1115/04-2, Relator: André Proença
Ac. TRE, 18/2/2004, proc. 862/2004 (*in* Ac. TC 15/2005)

Tribunal da Relação de Lisboa

- Ac. TRL, 15/2/2012, proc. 896/03.7TTLSB.L1-4, Relatora: Albertina Pereira
Ac. TRL, 12/7/2007, proc. 7896/2007-4, Relator: Duro Mateus Cardoso
Ac. TRL, 3/2/1998, Relator: Pinto Monteiro [*Boletim do Ministério de Justiça* 474 (1998),

pp. 536 ss.]

- Ac. TRL, 4/12/1996, proc. 0082394, Relator: Diniz Roldão
Ac. TRL, 20/9/89, proc.0004304, Relator: Nunes Ferreira
Ac. TRL, 9/11/1983, proc. 0001402, Relator: Leite Faria

Tribunal da Relação do Porto

- Ac. TRP, 17/2/2014, proc. 501/11.5TTVRL.P1, Relatora: Maria José Costa Pinto
Ac. TRP, 5/3/2012, proc. 1114/09.7TTPRT.P1, Relator: António José Ramos
Ac. TRP, 12/6/2008, proc. 0810918, Relatora: Fernanda Soares

Procuradoria Geral da República

- Parecer n.º 6/2019, *in* DR n.º 34/2019, 2.º suplemento, 2.ª série de 18/2/2019
Parecer n.º 35/2018, *in* DR n.º 34/2019, 2.º suplemento, 2.ª série, 18/2/2019
Parecer n.º P000362017, de 21/12/2017 [retirado de <http://www.dgsi.pt/>]
Parecer n.º P000011999, de 18/1/1999 [retirado de <http://www.dgsi.pt/>]
Parecer n.º P001681982, de 10/2/1983 [retirado de <http://www.dgsi.pt/>]

Parecer n.º P001561981, de 3/12/1981 [retirado de <http://www.dgsi.pt/>]

Parecer n.º 123/76 B, de 3/3/1977 [*apud* José João Abrantes, 1995]

Conselho da Europa

Comité Europeu de Direitos Sociais

CEDS, Conclusions, XII-2 (Germany), art. 5. and art. 6§ 4 [retirado de <https://bit.ly/2VAXv95>].

CEDS, Conclusions XIII-4, art. 6§ 4 [retirado de <https://bit.ly/2VAXv95>].

Organização Internacional do Trabalho

Comité da Liberdade Sindical

ILO 3019, *informe* 376 – Paraguay [retirado de <https://bit.ly/2UcK5hO>].

Comissão de Especialistas para a Aplicação das Convenções

Observación CEACR, 2016, *Publicación* 106.ª *reunión* CIT (2017) – Chile [retirado de <https://bit.ly/2G8vwHn>]

Observación CEACR, *Adopción* 2011, *Publicación* 101.ª *reunión* CIT (2012) – Chile [retirado de <https://bit.ly/2G8vwHn>].

Organização das Nações Unidas

Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais

Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 1/12/2004, E/C.12/1/Add.105 [retirado de <https://bit.ly/2UtYag5>].

A dedução de prejuízos fiscais.
Uma perspectiva de política fiscal no âmbito da tributação
consolidada de grupos de sociedades

Sara Oliveira de Brito Rodrigues Cardoso

Sob a orientação do
Doutor Miguel Gonçalves Correia

*Try to make sense of what you see
and wonder about what makes the universe exist.*

Stephen Hawking

Agradecimentos

Certo será que a presente lista de menções não será exaustiva; de facto, de fora ficam todos aqueles que, nem que por breves momentos, me deram ânimo para continuar o trabalho que, de forma não despendida, muita dedicação e fadiga comportou.

Em primeiro lugar, agradeço aos meus Pais, sem os quais teria sido impossível arranjar a motivação necessária; por serem um exemplo a seguir e por, a cada dia que passa, me fazerem acreditar mais em mim e querer chegar mais longe.

Ao meu Irmão, por de forma caricata e, provavelmente, até sem propósito definido, me estimular a procurar superar-me todos os dias.

À minha Avó, pela constante fé cega em mim e em tudo o que faço.

Ao Ricardo, pelos inúmeros conselhos, perseverança e paciência que teve ao longo desta etapa; pelo carinho e por toda a segurança que me transmitiu sem esperar nada em troca.

Aos meus Amigos, por todos os momentos de descontração e por me garantirem, todos os dias, que não faço este percurso sozinha.

Aos meus Colegas da Telles, com especial destaque para a Equipa de Fiscal, por toda a disponibilidade e incentivo ao longo deste caminho.

Por fim, ao meu Orientador, Doutor Miguel Gonçalves Correia, por todo o tempo que disponibilizou e por todo o apoio incalculável que dispensou para que esta Dissertação visse a luz do dia.

Todos contribuíram, à sua maneira, para que este desfecho fosse possível. Um sincero obrigada por tudo. Tenho muito sorte em ter-vos como parte da minha vida.

Resumo

O presente estudo foi realizado no âmbito da Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal da Universidade Católica Portuguesa, Centro Regional do Porto, orientada pelo Doutor Miguel Gonçalves Correia, propondo-se abordar o mecanismo da dedução de prejuízos fiscais – em particular, no que respeita aos contornos de adoção do mecanismo no seio de um grupo de sociedades – à luz da experiência nacional e internacional.

Efetivamente, sendo certo que qualquer Estado deverá – e tende a – aceitar a realidade dinâmica das empresas no que à ratificação fiscal dos prejuízos por elas incorridos diz respeito, igualmente certa será a constatação de que o reconhecimento da dedução de prejuízos fiscais varia de Estado para Estado e, dentro de cada jurisdição, em função da realidade subjacente.

Neste sentido, sugere-se um estudo amplo – não descurando, bem assim, a concisão exigida – sobre a problemática, abordando quer as características gerais do mecanismo, quer estreitando, depois, num seu enquadramento face às previsões em vigor no que se refere aos grupos de sociedades, cruzando o regime prescrito pelo legislador português, e terminando, ainda, com a abordagem adotada por Bruxelas nas propostas de diretivas sobre a Matéria Coletável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades.

Por fim, toma-se a liberdade de, com base no estudo efetuado, e salvo melhor entendimento, retirar as devidas ilações, transformando-as em recomendações de política fiscal.

Palavras-chave: Tributação das empresas; grupos de sociedades; prejuízos fiscais; dedução de prejuízos; consolidação; MCCCIS.

Abstract

This dissertation primarily intends to address the tax-loss mechanism in the context of group taxation regimes, taking into account current national and international practices. Although the acceptance of the dynamical nature of corporate performance is established in most countries, especially regarding the recognition of tax losses, the particular scope and operation of tax-loss recognition mechanisms may vary from country to country and even within the same jurisdiction, depending on the underlying context.

Based on these premises, we propose an extensive study – while bearing in mind the required brevity – on the subject. First, we will look at the main characteristics of the tax-loss recognition mechanism. Then, we will focus our analysis on the unique tax-loss regime applicable to groups of companies in the context of group taxation regimes (making, in this regard, a key reference to the Portuguese context), and review the European Union's Common Consolidated Corporate Tax Base proposals as regards the issues under scrutiny.

Lastly, based on the research undertaken, we will put forward tax policy recommendations on the topic.

Keywords: Company taxation; groups of companies; tax losses; tax losses deduction; consolidation; CCCTB.

Lista de siglas e abreviaturas

Art.º	Artigo
Art.ºs	Artigos
AT	Autoridade Tributária e Aduaneira
CIRC	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
EEE	Espaço Económico Europeu
EM	Estado-membro
<i>i.e.</i>	Isto é
IRC	Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas
MCCCIS	Matéria Coletável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades
n.º	Número
n.ºs	Números
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
p.	Página
pp.	Páginas
PME	Pequenas e médias empresas
RETGS	Regime Especial de Tributação dos Grupos de Sociedades
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia
UE	União Europeia
Vd.	<i>Vide</i>

Índice

Nota introdutória	7
1. O período de tributação	7
2. A dedução de prejuízos fiscais como mecanismo inerente ao reconhecimento da realidade económica	9
2.1. Noção e seu propósito	9
2.2. Funcionamento e limites – Uma análise global	9
2.2.1. Dos limites em função da entidade	10
2.2.2. Dos limites em função da natureza do rendimento	11
2.2.3. Dos limites temporais	12
2.3. O regime geral da dedução de prejuízos fiscais à luz do CIRC	14
3. O mecanismo da dedução de prejuízos fiscais no seio de um grupo de sociedades e suas particularidades	16
3.1. A definição de grupo de sociedades	16
3.2. O regime de consolidação de resultados	16
3.2.1. Separate Entity Doctrine vs. Enterprise Doctrine	16
3.2.2. Dos diferentes modelos de integração	17
3.2.3. Da consolidação de resultados e neutralização das transações intragrupo	18
3.2.4. Do tratamento dos prejuízos fiscais	19
3.2.4.1. Dos prejuízos existentes antes de a sociedade se juntar ao grupo – os prejuízos acumulados	20
3.2.4.2. Dos prejuízos gerados pelo grupo durante a vigência do regime de consolidação de resultados	22
3.3. A tributação dos grupos de sociedades ao abrigo do CIRC – o RETGS	23
3.4. A Matéria Coletável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades – MCCCIS	25
3.4.1. Do desejo europeu de harmonização da tributação dos grupos de sociedades	25
3.4.2. Do tratamento dos prejuízos fiscais à luz da MCCCIS	27
3.4.2.1. Dos prejuízos existentes antes de a sociedade se juntar a um grupo que aplique a MCCCIS – os prejuízos acumulados	28
3.4.2.2. Dos prejuízos gerados no seio de um grupo que aplique a MCCCIS	28
4. Recomendações de política fiscal com base no estudo efetuado	30
4.1. O RETGS	30
4.2. A MCCCIS	32
Conclusões	33
Referências bibliográficas	35

Nota introdutória

A tributação do lucro das empresas é, inegavelmente, uma prerrogativa dos sistemas fiscais modernos. De facto, a par dos rendimentos auferidos pelas pessoas singulares – regularmente levados a imposto – também os lucros gerados pelas pessoas coletivas devem ser tributados, como plena manifestação do princípio da igualdade à luz da lei fiscal.

Contudo, será, neste âmbito, necessário ter em atenção a realidade extremamente dinâmica da vivência empresarial. Na verdade, uma empresa com uma atividade habitualmente profícua no que à obtenção de proveitos concerne pode ter exercícios com resultados mais indesejáveis, os quais não podem ser ignorados pelo legislador fiscal. Efetivamente, o sistema tributário deve acompanhar, na medida do possível, a realidade subjacente, tributando, apenas, o lucro real, abstendo-se de considerar um valor meramente hipotético e abstraído de todos os condicionalismos que tanto caracterizam o desenvolvimento de uma atividade em regime empresarial.

Neste sentido, como forma de dar resposta à necessidade de tributação pelo lucro efetivo, surgem mecanismos que procuram, em maior ou menor escala, ajustar o peso do imposto à real capacidade contributiva do sujeito passivo. Um dos mais enraizados e de existência pacífica na generalidade dos Estados é a dedução de prejuízos fiscais, que permite reportar para anos anteriores ou futuros o prejuízo incorrido em determinado exercício, procurando reproduzir, a nível fiscal, a conjuntura fáctica das empresas submissas a imposto.

Ora, ainda que a sua positivação legal seja comum, os específicos contornos de consagração do mecanismo variam de forma notória entre os diferentes Estados, dada a panóplia de soluções ao dispor do legislador fiscal.

Ademais, o regime terá de ser adaptado aos sujeitos passivos alvo da sua aplicação, sob pena de a generalização conduzir ao absurdo. Assim, cada legislador fiscal terá que cuidar, em particular, dos contornos da dedução de prejuízos fiscais no âmbito dos grupos de sociedades – realidade que, dado o seu dinamismo e volatilidade, exige alguma especialidade – acolhendo a solução que, das hipóteses disponíveis, melhor se ajuste ao concreto meio no qual o grupo se encontra inserido. Para além disso, e dada a importância incontestável do fenómeno dos grupos de sociedades no seio europeu, impõe-se, também, uma chamada de atenção para as propostas de MCCCIS, concretização da ânsia de harmonização da tributação dos grupos de sociedades a nível europeu.

Neste sentido, propõe-se uma análise cuidada das várias possibilidades de consagração do mecanismo de dedução dos prejuízos fiscais, quer no que diz respeito às previsões tradicionais para a tributação dos grupos a nível interno, quer nos ensinamentos decorrentes do encontro de vontades no seio da UE, retirando, de tal estudo, os adequados ensinamentos.

1. O período de tributação

A definição e delimitação do período de tributação caracteriza-se pela sua importância nuclear na concretização de qualquer ordenamento jurídico fiscal. Afi-

gura-se, de facto, da maior relevância a demarcação do lapso temporal no qual é necessário o apuramento do lucro tributável para posterior sujeição a imposto¹.

Os sistemas que aplicam um imposto sobre o rendimento das empresas (no jargão internacional, *corporate income tax systems*) adotam, regra geral, o cálculo do imposto numa base anual². Aliás, a determinação e pagamento do imposto numa base anual é um dos três pilares primários que caracterizam os sistemas modernos de tributação do rendimento das empresas (a par da atribuição de personalidade tributária passiva às empresas e da tributação com base no princípio da realização, pressupostos que, embora fulcrais, não nos cumpre desenvolver neste estudo)³.

Ora, o período de acordo com o qual se apuram rendimentos numa empresa adquire a denominação de *exercício*⁴. Para efeitos fiscais, o exercício tem a duração de 12 meses, intervalo entendido como profícuo à entrada de receita nos cofres do Estado e à distribuição de dividendos aos sócios⁵. Embora estes 12 meses não tenham que coincidir com o ano civil – porquanto, cada vez mais, se liberalizou a hipótese de as empresas escolherem um exercício que não coincida com o ano civil – tal sincronismo continua a ser praxe na maior parte dos Estados.

Efetivamente, as demonstrações financeiras – entenda-se, as avaliações de resultados – têm de ser realizadas periodicamente, mas com consciência da sua artificialidade, isto é, do seu carácter meramente instrumental. Cada período não pode ser considerado sob um prisma totalmente independente, já que, indubitavelmente, o que ocorre num exercício repercute-se nos seguintes.

Há que sublinhar o artificialismo da divisão da vida de uma empresa em períodos e do apurar resultados relativamente a cada um deles. A vida das empresas [...] não pode ser dividida em períodos estanques: o lucro de determinado exercício é, muitas vezes, a consequência normal de prejuízos sofridos em anos anteriores; lucros excepcionais num ano podem ter como decorrência prejuízos nos anos seguintes. Na realidade, o lucro ou prejuízo de uma empresa só é calculável, em rigor, no termo da sua atividade⁶.

Com efeito, a ideia de o lucro ter uma base anual é meramente convencional, não podendo ser completamente rígida, sob pena de não refletir corretamente a realidade empresarial. Destarte, como resposta a esta necessidade de flexibilização, surgem mecanismos como a permissão da dedução de prejuízos fiscais em anos posteriores – ou anteriores – àquele no qual foram gerados. Mediante tal prerrogativa, pretende ajustar-se a tributação das empresas à sua efetiva situação econó-

¹ Vd. Correia, 2013; Avi-Yonah *et al.*, 2011.

² Vd. Mendes, 2016, p. 71, no sentido de que “dado que tanto o Estado – através do orçamento do Estado – como as empresas – através das suas demonstrações financeiras – calculam o seu rendimento e as suas despesas numa base anual, a tributação numa base anual facilita a obtenção da informação necessária, por parte do Estado e das empresas, ao funcionamento do sistema fiscal.

³ Para mais desenvolvimentos, vd. Correia, 2013.

⁴ Itálico nosso.

⁵ Vd. Moucho, 2015; Morais, 2009; Mendes, 2016.

⁶ Morais, 2009, p. 43.

mica, suprindo a ficção resultante da premissa de tributação das empresas numa base puramente anual⁷.

2. A dedução de prejuízos fiscais como mecanismo inerente ao reconhecimento da realidade económica

2.1. Noção e seu propósito

Como previamente adiantado, atualmente, a maior parte dos ordenamentos jurídicos concebe o seu sistema fiscal com base numa perspectiva *flexível*⁸ no que à delimitação do período tributário diz respeito, através da adoção de mecanismos como a permissão da dedução de prejuízos fiscais⁹.

Antes de nos alongarmos no tema, afigura-se pertinente esclarecer, de forma sintética, o que é um prejuízo fiscal. Ora, este consiste na verificação de um volume de gastos superior ao de rendimentos, reportado a um determinado lapso de tempo. Tal condição pode resultar de inúmeros fatores, de entre os quais se destaca o risco empresarial assumido pelo contribuinte (*i.e.*, uma opção voluntária do sujeito passivo)¹⁰ e a consequente volatilidade do rendimento auferido¹¹.

Neste sentido, a admissão da dedução de prejuízos fiscais consiste na permissão de o sujeito passivo poder transportar, para anos futuros – ou, em casos não tão frequentes, para anos anteriores – o prejuízo fiscal atual, por forma a diminuir o lucro tributável, apurando, assim, uma matéria coletável menor. Ora, conforme decorre do exposto, a existência de lucro tributável apresenta-se como condição *sine qua non* do recurso à dedução de prejuízos fiscais, isto é, o sujeito passivo tem de ter rendimentos efetivos aos quais possa deduzir os prejuízos para que o mecanismo produza os seus efeitos¹².

2.2. Funcionamento e limites – Uma análise global

Uma das principais razões apontadas como justificativa da existência deste mecanismo – e, a nosso ver, a mais significativa – tem que ver com a necessidade de tributação do lucro real, ou seja, de a matéria coletável sujeita a imposto ter de espelhar a verdadeira realidade da empresa submissa. Como é bom de ver, o facto de uma empresa ter lucros muito elevados num ano não significa que, nos anos anteriores, a situação patrimonial tenha sido idêntica; na verdade, por variadas razões (de entre as quais destacamos, a título de exemplo, a flutuação da Economia e do mercado), uma empresa pode ter vários anos negativos seguidos de um ano com uma considerável vantagem financeira. Assim, a

⁷ Vd. Correia, 2013.

⁸ Itálico nosso.

⁹ “Most countries to some extent allow for losses to be offset against income economically derived by the same person across taxable periods and through different legal entities” (vd. OECD, 2011, p. 26).

¹⁰ Vd. Moucho, 2015; Auerbach, A. J., 1983.

¹¹ “Losses are indicative of income volatility. Greater volatility raises the chance of losses, and higher frequency raises the incidence of losses over time” (vd. Nussim & Tabbach, 2014, p. 1516).

¹² Vd. Nussim & Tabbach, 2014.

permissão da dedução de prejuízos fiscais apresenta-se como *pedra de toque*¹³ em qualquer sistema de tributação¹⁴.

No entanto, os legisladores têm entendido colocar limites a esta possibilidade de dedução, cuja plasmação legislativa decorre da ponderação de três fatores. Desde logo, será necessário atentar às consequências da maior ou menor abertura do mecanismo à propensão ao risco dos contribuintes, posto ser ponto assente a ligação existente entre a forma como se desenham os mecanismos de dedução de prejuízos fiscais e a maior ou menor predisposição ao risco por parte das empresas¹⁵. Para além disso, o mecanismo adotado deverá obstar a abusos por parte dos sujeitos passivos, uma vez que, historicamente, se trata de uma área tendente à elisão fiscal¹⁶. Ainda, afigura-se indispensável ter em conta o impacto orçamental das medidas adotadas, já que a mais curta ou mais lata abertura do mecanismo terá de decorrer de considerações de política económica, ajustando-se, por conseguinte, à realidade orçamental de cada Estado¹⁷.

Assim, surgem três categorias de limites à dedução de prejuízos fiscais, a saber, (i) limites em função da entidade, (ii) limites em função da natureza do rendimento e (iii) limites temporais.

Abordaremos, de seguida – e, note-se, de forma sucinta – as diversas categorias de limites referidas.

2.2.1. Dos limites em função da entidade

Ora, os limites em função da entidade equacionam-se no âmbito de fusões ou enghos idênticos, por forma a que uma entidade não adquira outra que tenha uma panóplia de prejuízos fiscais com o único propósito de poder deduzi-los à sua atividade¹⁸. Nestes casos, aceita-se a transferência do prejuízo fiscal na fusão, mas, regra geral, este só pode ser usado contra lucro gerado pelo negócio fundido do qual adveio.

¹³ Itálico nosso.

¹⁴ “Este mecanismo visa eliminar, ou pelo menos minimizar, o impacto negativo da aplicação do princípio da anualidade do imposto. É que o exercício da atividade empresarial assenta na sua ininterrupção, ao longo da vida da empresa. Esta realidade colide com a necessidade [...] de se dividir a vida das empresas em períodos estanques e em relação aos quais se apura um rendimento que se leva à tributação” (vd. Mendes, 2016, p. 118).

¹⁵ “Em princípio, quanto maior for a taxa de recuperação de prejuízos fiscais para um determinado contribuinte, [...] maior tenderá a ser o eventual incentivo ao risco” (vd. Mendes, 2016, pp. 120-121); no mesmo sentido, vd. Correia, 2013.

¹⁶ A este respeito, cumpre fazer uma breve referência ao fenómeno, identificado pela OECD com base na experiência dos diversos EM, de configuração de instrumentos financeiros complexos através de várias jurisdições, o que permite, a título de exemplo, alterar a titularidade dos prejuízos fiscais ou incorrer em perdas meramente artificiais (vd. OECD, 2011).

¹⁷ Efetivamente, a maior abertura do mecanismo poderá ser uma boa política económica, dado o seu caráter de fomento da atividade empresarial através do seu impacto positivo na propensão ao risco; tudo dependerá, na verdade, da capacidade orçamental e das decisões governamentais de cada jurisdição. Por tudo isto se entende que o imposto sobre o rendimento das empresas – e, no que particularmente nos interessa, o mecanismo da dedução de prejuízos fiscais – deverão ser concretamente ajustados à realidade orçamental de cada Estado, aliados à necessária ponderação dos vários fatores em jogo.

¹⁸ “In many systems, when a corporation goes out of existence in connection with a merger or similar transactions, its tax attributes are transferred to the successor corporation. The tax attributes transferred typically include [...] loss carryforwards. [...] there are often restrictions on the ability of the successor corporation to use the losses against subsequently arising income. These limitations are intended to prevent the ‘selling’ of loss carryforwards by the corporation that incurred the losses to third parties” (vd. Ault & Arnold, 2010, p. 393).

Estabelece-se, desta forma, um *matching* entre a entidade que registou o lucro e que sofreu o prejuízo. [...] Evita-se, assim, a transferência de prejuízos entre diferentes sujeitos passivos e formas de planeamento fiscal agressivo, tendo apenas direito a dedução a entidade que originariamente incorreu em prejuízo¹⁹.

Assim, a nível internacional, via de regra, não se permite o transporte de prejuízos fiscais entre entidades. Contudo, uma das exceções a este princípio são, precisamente, certas reorganizações empresariais. Importa notar, ainda, que uma outra importante exceção a considerar será o regime da consolidação de resultados, tema abordado de que cuidaremos mais à frente.

2.2.2. Dos limites em função da natureza do rendimento

Por sua vez, as restrições quanto à natureza do rendimento têm que ver, sobretudo, com a diferenciação – comum nos países da *Common Law*, nos termos e para os efeitos aqui considerados – entre rendimento empresarial (*business/ordinary income*) e rendimento de capital (*capital income*) e a possibilidade que existe, ou não, de deduzir os prejuízos de um dos tipos de rendimento ao outro.

Não nos querendo alongar de forma excessiva no tópico, o rendimento empresarial é aquele que deriva da atividade principal da empresa – entenda-se, dos fins aos quais a empresa dirige, de forma notória, o desenvolvimento da sua atividade – ao passo que o rendimento de capital é o rendimento extraordinário, esporádico, ou seja, aquele que não resulta daquela que é a atividade ordinária da empresa. Ora, nos sistemas fiscais em apreço (a título de exemplo, Estados Unidos da América, Reino Unido, Austrália ou Canadá), havendo um prejuízo fiscal no âmbito do rendimento de capital, entende-se que este não pode ser utilizado para diminuir o lucro tributável empresarial; todavia, se o prejuízo for relativo ao rendimento empresarial, já é possível deduzi-lo no cálculo respeitante ao rendimento de capital.

Este tratamento assimétrico deve-se, sobretudo, à possibilidade que assiste, ao sujeito passivo, de influenciar o *timing* da realização nos rendimentos de capital, podendo manipular tal fator com o propósito de adulterar o lucro tributável^{20 21}. Embora na Europa continental esta separação formal (*business/ordinary vs. capital*) não exista para efeitos de dedutibilidade de prejuízos fiscais (entendendo-se, neste âmbito, o reporte como *materialmente ilimitado*²²), tal resultado é igualmente atingido mediante a previsão –

¹⁹ Moucho, 2015, pp. 8 e 9.

²⁰ “A divisão entre os dois tipos de rendimentos nestas jurisdições prende-se com motivações anti abuso, isto é, visa tentar controlar a capacidade que os contribuintes dispõem em realizar mais ou menos valias em períodos de tributação que lhes são mais favoráveis” (vd. Moucho, 2015, p. 11).

²¹ De facto, decorrendo o rendimento de capital, regra geral, da alienação de ativos fixos tangíveis e intangíveis, verifica-se uma maior latitude no *timing* da decisão de alienar, posto que a antecipação da transação (efeito *lock-out*) ou o seu prolatar (efeito *lock-in*) não afetarão o normal e expetável rendimento da empresa, no âmbito do qual já será mais difícil manipular o momento da transação. Na verdade, este potencial de manipular o *timing* das transações que dão origem a rendimento de capital resulta, em última análise, do princípio da realização. Para mais desenvolvimentos no tópico, vd. Correia, 2013.

²² Vd. Mendes, 2016.

mais ou menos ampla – de regras anti abuso e de previsões específicas de aceitação fiscal de determinados gastos.

2.2.3. Dos limites temporais

Por fim, os limites temporais dizem respeito ao lapso temporal no qual é possível abater, ao lucro tributável, os prejuízos fiscais acumulados. Se, por uma banda, o reporte para a frente (*carryforward*) permite que se deduza, no período de tributação atual, prejuízos fiscais de anos anteriores, por outra banda, o reporte para trás (*carryback*) consiste na dedução, ao lucro tributável declarado em exercícios anteriores, de prejuízos fiscais atuais. Evidentemente, tais instrumentos visam evitar a excessiva penalização da qual os contribuintes seriam objeto se não pudessem deduzir aos lucros de um determinado período tributário os prejuízos de outro.

O *carryforward* – entenda-se, o reporte para a frente – é permitido em quase todas as jurisdições²³. Tal admissão visa um aproximar entre a vida financeira das empresas e a sua situação real, ou seja, sujeitar a tributação aquela que é, efetivamente, a matéria coletável da empresa e não um mero valor isolado e abstraído de todos os inevitáveis condicionalismos da vida empresarial. Desta feita, com a utilização do reporte para a frente, a individualização do período tributário e consequente falseamento do lucro são corrigidos, mediante a dedução, no período tributário atual, de prejuízos gerados em anos anteriores, atingindo-se um equilíbrio financeiro entre os diferentes exercícios (que, materialmente, são um só).

Porém, ainda que o objetivo deste mecanismo seja atender à dinâmica da realidade, a verdade é que uma decisão a ser tomada pelo legislador terá que ver com a eventual aposição – e, em caso afirmativo, em que termos – de limites temporais ao *carryforward*. Na verdade, e conforme já adiantado, o legislador terá de balancear o impacto da introdução de limites temporais na propensão ao risco das empresas, bem como em eventuais distorções no comportamento dos contribuintes, com a necessidade de obtenção de receita e, ainda, com a forte vertente administrativa do mecanismo. Efetivamente, a limitação temporal excessiva, para além de desmotivar os sujeitos passivos a optar pelo risco empresarial, poderá conduzir as empresas a implementar transações com o propósito único de não deixar os prejuízos expirar (adotando, por conseguinte, comportamentos de substituição), dando azo, nestes termos, a uma carga excedentária do imposto²⁴. Contudo, será de pesar, de igual forma, a não obtenção de receita que provocarão prazos de *carryforward* mais longos²⁵ – sendo tal vertente, naturalmente, magnificada quando

²³ Vd. OECD, 2011.

²⁴ Aliás, a investigação existente demonstra que, perante prazos de *carryforward* mais curtos, muitos prejuízos expiram sem serem utilizados, ainda que as empresas adotem transações com o único objetivo de os aproveitar em tempo. Quer isto dizer que, apesar da frequente adoção de comportamentos de substituição pelas empresas – induzida por esta abordagem legislativa – prazos de *carryforward* mais curtos tendem a representar uma vantagem orçamental para o Estado. Esta vantagem orçamental induz, frequentemente, os Estados, não obstante os benefícios económicos associados a uma abordagem flexível à dedutibilidade de prejuízos fiscais, a optar por regimes de reporte mais rígidos do que o recomendável de um ponto de vista económico.

²⁵ Vd. Correia, 2013.

o mecanismo é permitido indefinidamente²⁶ – e, também, a burocracia administrativa que tal instituto acarreta (quer para os sujeitos passivos, quer para as autoridades fiscais), posto que quanto mais antigo for o prejuízo, mais difícil será dele fazer prova²⁷. No fundo, cremos que a decisão adotada por cada legislador consubstanciará um compromisso entre a parceria assumida com o tecido empresarial e o poderio orçamental e capacidade administrativa do Estado.

Desta forma, pesando todos os interesses em discussão, os Estados têm optado por, usualmente, associar um prazo ao *carryforward*, no fim do qual se dá a caducidade dos prejuízos e conseqüente incapacidade de utilização²⁸.

Relativamente ao reporte para trás – leia-se, o *carryback* – cumpre, desde logo, afirmar a sua parca aplicação. Verdadeiramente, são poucas as jurisdições que o permitem e, aquelas que o preveem, fazem-no sempre com um prazo, o mesmo que é substancialmente mais curto do que o estipulado nos casos de reporte para a frente²⁹.

Ora, tais discriminações de tratamento devem-se, em primeira linha, às dificuldades administrativas de implementação do instrumento: ao permitir que se deduzam, a lucros tributáveis declarados em anos anteriores, prejuízos fiscais atuais, o *carryback* implica a abertura de declarações de impostos passadas e subsequente reembolso por parte do Estado. Embora as suas vantagens para uma empresa que se encontre a atravessar um período de crise sejam evidentes (posto que permite a atribuição de recursos económicos no *timing* ideal³⁰, bem como a concretização plena do princípio da tributação pela lucro real³¹), os seus inconvenientes para a Administração Fiscal são, também, particularmente notórios: para além do considerável nível de burocracia que tal procedimento implica – e, por isso, custos administrativos significativos – o Estado perde receita efetivamente cobrada em anos anteriores. Para além disso, é necessário ter em conta que o recurso ao *carryback* por parte das empresas tenderá a coincidir com épocas de recessão económica, nas quais o próprio Estado não dispõe, *ab initio*, de tantos fundos quanto desejável, não detendo, em princípio, poderio económico para fazer face aos vários pedidos de reembolso a surgir em simultâneo³². Neste âmbito, revelar-se-á, porém, necessá-

²⁶ Decisão adotada em países como a França, Suécia e Reino Unido e, ainda, acolhida ao abrigo da MCCCIS (vd. OECD, 2011).

²⁷ Como forma de obstar a este peso administrativo excessivo, surgem regras de sequenciamento da utilização dos prejuízos, impondo a primazia de utilização àqueles incorridos há mais tempo, acolhendo o modelo do “First In, First Out” (FIFO). Aliás, conforme veremos, tal imposição é adotada pelas propostas de MCCCIS.

²⁸ Em favor da caducidade do mecanismo “são invocados alguns argumentos, que se prendem com a necessidade de prevenir práticas abusivas por parte das Empresas, a dificuldade existente em reter informação durante períodos temporais extensos (o que, adicionalmente, implicaria um maior controlo por parte da AT da legitimidade do reporte) e ainda alertar para o facto de uma Empresa que apresente prejuízos durante períodos temporais consecutivos não se encontrar, possivelmente, em condições para continuar a operar” (vd. Moucho, 2015, p. 7).

²⁹ “In practice, the majority of tax systems either do not allow losses to be carried back or allow carry-back but only for limited periods of time” (vd. OECD, 2011, p. 26).

³⁰ Vd. Mendes, 2016.

³¹ Especialmente, perante a circunstância de cessação de atividade por parte da empresa portadora de prejuízos fiscais ainda em período de dedução.

³² Nota-se, por conseguinte, “a correlação entre o aumento dos prejuízos fiscais e as épocas de recessão económica, o que implica que as receitas fiscais estão em baixa justamente no momento em que os prejuízos são reembolsados” (vd. Mendes, 2016, p. 122).

rio ter em conta o seguinte apontamento: em épocas recessivas, tanto o Estado como as empresas necessitarão, de forma quase inevitável, de financiamento. Ora, regra geral, o Estado tende a beneficiar de taxas de juro substancialmente mais reduzidas do que as aplicáveis às empresas. Assim, ao ser o Estado a ir à procura de verba no mercado internacional, a Economia interna, como um todo, é financiada a uma taxa de juro mais reduzida. Para além disso, é necessário ter em conta que, à partida, quando vigore um mecanismo de *carryback*, o Estado só reembolsará as empresas com historial recente positivo, posto que os períodos de *carryback*, a nível internacional, tendem a ser curtos, oscilando, geralmente, entre 1 e 3 anos, significando, pois, que apenas as empresas com lucro tributável nesse período recente poderão recorrer ao mecanismo. Assim, a natural operação deste mecanismo tende a privilegiar a injeção de dinheiro público em empresas que apresentam um histórico de rentabilidade. Claro está que, uma vez mais, a concreta adoção do *carryback* – ou, por outra via, a sua rejeição liminar – dependerá do individual poderio orçamental de cada jurisdição³³.

Todavia, ponderando uma análise *custo-benefício*³⁴, entendemos que a utilização do *carryback* se apresenta como um forte instrumento de apoio ao tecido empresarial em épocas recessivas, facultando-lhe uma *válvula de escape*³⁵ sistémica e a preparação para uma posterior evolução de resultados favorável³⁶.

Por fim, urge dar nota de que, em alguns países, especialmente como reação à crise financeira, para além dos limites temporais, adotou-se um limite percentual à utilização de prejuízos fiscais³⁷. Com este tipo de balizamento, os Estados pretendem assegurar um nível mínimo de receita periódica; tal sistema foi adotado pelo Estado português, como observaremos *infra*.

2.3. O regime geral da dedução de prejuízos fiscais à luz do CIRC

O CIRC estabelece, no seu art.º 18.^º³⁸, o princípio da periodização económica do lucro tributável. Pese embora esta consagração, o legislador nacional, na senda do pensamento acolhido a nível internacional, albergou o mecanismo da dedução de prejuízos fiscais.

Apurado o lucro tributável, há lugar ainda a diversas deduções, feitas as quais, obtemos a matéria coletável. Entre essas deduções, são de mencionar: [...] o reporte de prejuízos³⁹.

³³ Vd. Correia, 2013.

³⁴ Itálico nosso.

³⁵ Itálico nosso.

³⁶ Em suma, “totally denying carrybacks, although arguably cheaper and administratively simpler, has several negative repercussions that cannot simply be disregarded” (vd. Correia, 2013, p. 255).

³⁷ “Some have introduced a kind of minimum taxation which limits the amount of the loss offset in any given subsequent period to a certain percentage of the profits of that period” (vd. Wendt, 2009, p. 67).

³⁸ Nos termos do n.º 1 do artigo 18.º do CIRC, “Os rendimentos e os gastos, assim como as outras componentes positivas ou negativas do lucro tributável, são imputáveis ao período de tributação em que sejam obtidos ou suportados, independentemente do seu recebimento ou pagamento, de acordo com o regime de periodização económica”.

³⁹ Nabais, 2014, p. 526.

Efetivamente, o legislador português, à semelhança do que sucede noutros ordenamentos jurídicos, entendeu que, sem prejuízo da regra da anualidade do período de tributação, não se pode desconsiderar a vida dinâmica e contínua das empresas.

Assim, o mecanismo da dedução de prejuízos fiscais está consagrado, entre nós, no art.º 52.º do CIRC, com especificidades no art.º 71.º do CIRC. A este propósito, é indispensável a consideração de que o CIRC consagra, apenas, o reporte para a frente. De facto, o legislador nacional exclui liminarmente a possibilidade de reporte para trás, não existindo qualquer referência a esse respeito no regime geral⁴⁰.

Ora, no que aos limites temporais do reporte para a frente diz respeito, cumpre dar nota da sua alteração – em sede de alargamento ou, por sua vez, de diminuição – ao longo dos anos⁴¹, *ao sabor das urgências financeiras do Estado*⁴². A atual redação do art.º 52.º do CIRC – na qual se encontra consagrado um prazo de 5 períodos de tributação posteriores àquele no qual ocorreram os prejuízos, dilatado para 12 períodos de tributação no caso de PME⁴³ – resulta do Orçamento do Estado para 2016^{44 45}.

Ainda, um ligeiro apontamento para o limite percentual à dedução de prejuízos fiscais previsto no mesmo art.º 52.º, que visa garantir, ao Estado, um nível de receita mínima:

Em relação ao nível máximo da dedutibilidade dos prejuízos em cada um dos períodos de tributação, [...] veio a estabelecer-se que a dedução a efetuar em cada um dos períodos de tributação não pode exceder o montante correspondente a 70% do respetivo lucro tributável, salvaguardando-se expressamente, no entanto (n.º 2), a possibilidade de a parte cuja dedutibilidade não foi possível naquele exercício, ser efetuada posteriormente, desde que dentro do período de reporte (doze ou cinco períodos de tributação, consoante seja PME ou não), e sujeita à mesma limitação dos 70%⁴⁶.

Mais, e por fim, importa referir que também o CIRC veio estipular uma disposição anti abuso concernente à *compra e venda*⁴⁷ de prejuízos fiscais. De facto, no n.º 8 do art.º 52.º do CIRC demarcam-se limites gerais⁴⁸ à dedução de prejuízos fiscais na vertente da

⁴⁰ Todavia, no n.º 4 do art.º 79.º do CIRC, a propósito das sociedades em liquidação, prevê-se uma possibilidade de reporte especial para períodos de tributação anteriores, hipótese que se cinge, unicamente, a tal circunstancialismo específico.

⁴¹ Vd. Dias, 2016.

⁴² Vd. Mendes, 2016.

⁴³ Conforme resulta do n.º 1 do art.º 2.º do Anexo ao Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro, qualificam-se como PME as “empresas que empregam menos de 250 pessoas e cujo volume de negócios anual não excede 50 milhões de euros ou cujo balanço total anual não excede 43 milhões de euros”.

⁴⁴ Aprovado pela Lei n.º 7-A/2016, de 20 de março. Anteriormente (*i.e.*, no período compreendido entre 2013 e 2016), o prazo de reporte era único e de 12 anos.

⁴⁵ Neste âmbito, chama-se a atenção para o facto de, nos termos e para os efeitos do n.º 5 do art.º 136.º da Lei n.º 7-A/2016, de 20 de março, tal disposição só se aplicar aos prejuízos gerados em períodos de tributação com começo a partir de 1 de janeiro de 2017, dada a imperiosa ineficácia retroativa da lei fiscal, albergando a necessidade de proteção dos investidores.

⁴⁶ Nabais, 2014, p. 526.

⁴⁷ Itálico nosso.

⁴⁸ Porquanto de possível afastamento nas situações previstas nos n.ºs 9 e seguintes da mesma disposição.

entidade, impedindo a sua aplicação quando haja uma alteração da titularidade de mais de 50% do capital social da empresa ou da maioria dos direitos de voto⁴⁹.

3. O mecanismo da dedução de prejuízos fiscais no seio de um grupo de sociedades e suas particularidades

3.1. A definição de grupo de sociedades

Antes de nos alongarmos no estudo do tema, cumpre, desde logo, fazer uma breve referência à definição de grupo de sociedades adotada. A brevidade desta referência encontra explicação no facto de a nosso ver o tema se encontrar profundamente escrutinado na Doutrina, não constituindo, ademais, objeto principal do nosso exame.

Neste sentido, entende-se como grupo de sociedades o conjunto de sociedades que, embora conservando, de forma singular, a sua personalidade jurídica individual, se encontram subordinadas a um controlo comum⁵⁰, bem como a uma *direção económica unitária*⁵¹, ambos exercidos por uma sociedade dita *dominante*⁵².

Ora, dada a subordinação das sociedades dominadas ao controlo e direção económica emanados da sociedade dominante, a atividade desenvolvida pelo conjunto de sociedades é enquadrada como uma só, ou seja, opta-se por, de certa forma, desconsiderar a circunstância formal de existência de várias sociedades distintas, dando prevalência à conjuntura material de atuação da totalidade do grupo como se de uma única entidade se tratasse^{53 54}.

3.2. O regime de consolidação de resultados

3.2.1. Separate Entity Doctrine vs. Enterprise Doctrine

Perante a realidade dos grupos de sociedades – cada vez mais frequente em qualquer Estado – grupos esses compostos por diferentes entidades com, conseqüentemente, diversas personalidades jurídicas, surgem, via de regra, duas possibilidades de abordagem legal: (i) por um lado, a *Separate Entity Doctrine* e, (ii) por outro lado, a *Enterprise Doctrine*. Ora, as duas doutrinas em conflito apresentam fortes dissemelhanças no que concerne à abordagem da estrutura do grupo para efeitos legais e, em particular, fiscais.

De facto, ao abrigo da comumente designada, no jargão internacional, *Separate Entity Doctrine*, as diferentes empresas que constituem o grupo, para além de determi-

⁴⁹ Conforme resulta do n.º 4 do art.º 52.º do CIRC, “O previsto no n.º 1 deixa de ser aplicável quando se verificar, à data do termo do período de tributação em que é efetuada a dedução, que, em relação àquele a que respeitam os prejuízos, se verificou a alteração da titularidade de mais de 50% do capital social ou da maioria dos direitos de voto”. Contudo, em circunstâncias de reconhecido interesse económico, e mediante requerimento devidamente apresentado para o efeito (instruído dos elementos legalmente previstos), a AT pode concluir pela não aplicação, ao caso, do limite referido, nos termos dos n.ºs 12 e seguintes do art.º 52.º do CIRC.

⁵⁰ Para mais aprofundamentos no que à definição de controlo diz respeito, vd. Correia, 2013.

⁵¹ Vd. Antunes, 1993.

⁵² Itálico nosso.

⁵³ “As a member of the corporate group, the corporation is part of a larger entity, an atom of a molecular structure” (vd. Correia, 2013, p. 116).

⁵⁴ “A business enterprise under the common control of a parent company – despite compromising separate legal entities – is treated as one single entity. In other words, the economic substance overrides the legal form of the individual companies that make up the corporate group”, i.e., “a corporate group under the common control of a parent company operates in substance as single enterprise” (vd. Ting, 2013, pp. 3 e 16).

narem o seu lucro tributável numa base individual, pagam imposto sobre esse mesmo lucro, também, numa base individual, sem qualquer interação com os restantes membros do grupo. Assim, ignora-se, para efeitos fiscais, o fator *grupo*⁵⁵.

Por sua vez, de acordo com a *Enterprise Doctrine*, ainda que mantendo a sua personalidade individual e apurando, também, de forma singular, o seu lucro tributável⁵⁶, as diferentes empresas que constituem o grupo são consideradas, a final – e em termos práticos – como uma só, pagando o imposto devido nessa base, através do *offset* de resultados obtidos pelas diversas entidades.

Como é bom de ver, há, no âmbito da *Enterprise Doctrine*, um aumento da eficiência devido ao *matching* atingido entre a realidade económica e a unidade efetiva de tributação⁵⁷, já que não se sujeita a imposto, de forma estanque, o lucro que cada empresa que compõe o grupo obtém de forma individual; na verdade, opta-se por sujeitar a imposto a consolidação dos resultados obtidos pela totalidade do grupo, encarado, do ponto de vista material, como uma só entidade para efeitos fiscais^{58 59}.

Na verdade, no nosso entendimento, a forma de apuramento do lucro efetivamente sujeito a imposto não poderia ser outra, dada a não despiciente primazia do princípio da neutralidade. Efetivamente, nos termos dos ditames deste princípio, o sistema fiscal não deve influenciar as opções do sujeito passivo⁶⁰, isto é, não pode penalizar o sujeito passivo empresário que opta por ramificar a sua atividade – e, por conseguinte, dividi-la por diferentes empresas – em favor do sujeito passivo que, em condições operacionais semelhantes, escolhe manter o desenvolvimento da sua atividade contido no âmbito de uma só empresa⁶¹.

Convém, ainda, realçar a existência de diferentes modelos de integração no âmbito da própria *Enterprise Doctrine*, que mais não são do que formas distintas de aplicação da Doutrina ora em apreço, bem como do compromisso intendido entre os diferentes objetivos políticos em conflito⁶².

3.2.2. Dos diferentes modelos de integração

A diversidade de modelos de integração diverge de forma notória, consoante a forma como a figura *grupo* é entendida. Vigoram, neste âmbito, três modelos de integração distintos e, por conseguinte, de diferente nível, a saber: (i) base tributável separada

⁵⁵ Itálico nosso.

⁵⁶ Note-se que existe, todavia, a possibilidade de contemplação de regimes que ignoram, por completo, a personalidade tributária individual de cada uma das empresas que constituem o grupo. Para mais desenvolvimentos no tema, vd. Correia, 2013.

⁵⁷ Vd. Finance, 2010.

⁵⁸ Contudo, importa realçar que, após o *offset* de resultados, as empresas podem continuar a pagar o imposto devido de forma singular, sendo, por isso, sujeitos passivos por si só.

⁵⁹ “This reflects the economic reality that a group is so economically integrated that it operates like a single entity” (vd. Ting, 2013, p. 18).

⁶⁰ “O imposto ideal será aquele que retira do contribuinte em proporção da sua riqueza ou despesa, de modo a que altere ao mínimo o seu padrão de comportamento” (vd. Teixeira, 2016).

⁶¹ “The rationale behind allowing the group as such to be taxed on the joint net income has explicitly been described as an outflow of the ‘principle of neutrality’. This principle is brought forward in different contexts, however, the meaning here being that the activities of a group of companies should not be more heavily taxed than if the same activities had been pursued within one company” (vd. Wilman, 2000, p. 363).

⁶² Vd. Ting, 2013.

(*separate tax base*), (ii) base tributável comum (*common tax base*) e (iii) base tributável única (*single tax base*).

Ao abrigo do modelo da base tributável separada (*separate tax base*), as diferentes sociedades que compõem o grupo transferem, entre si, de forma bilateral, o lucro ou prejuízo apurado num determinado exercício, previamente à sua efetiva sujeição a imposto. Mantém-se, assim, a total individualidade de cada sociedade para efeitos fiscais, permanecendo cada uma das sociedades que compõem o grupo como sujeito passivo a nível individual, sendo o seu lucro, todavia, apurado após um *offset* com os resultados obtidos pelas restantes sociedades que compõem o grupo⁶³. Neste sentido, a personalidade tributária individual de cada sociedade é plenamente conservada; aliás, após o *offset* de resultados, o valor que cada uma das sociedades do grupo sujeita a imposto pode ser distinto, resultando da respetiva declaração de rendimentos.

Por sua vez, à luz do modelo da base tributável comum (*common tax base*), ainda que as diferentes sociedades que compõem o grupo mantenham a sua personalidade tributária individual para efeitos de determinação do respetivo lucro, os resultados obtidos são agregados, atingindo-se um só lucro ou prejuízo consolidado. Nesta sede, poderá ter lugar o preenchimento de uma só declaração de rendimentos consolidada por parte da totalidade das sociedades que compõem o grupo ou, por sua vez, dar-se a transferência do lucro ou prejuízo apurado por cada sociedade dominada para a sociedade dominante, competindo, a esta, determinar o valor que será, posteriormente, sujeito a imposto⁶⁴.

Por fim, no que diz respeito ao sistema da base tributável única (*single tax base*), a personalidade tributária das diferentes sociedades que compõem o grupo é ignorada para efeitos fiscais, atribuindo-se o lucro ou o prejuízo gerado por qualquer delas diretamente à sociedade dominante⁶⁵.

3.2.3. Da consolidação de resultados e neutralização das transações intragrupo

Para além das destrições vigentes no que diz respeito ao modelo de integração adotado, há, ainda, diferenças no que diz respeito aos atributos objeto de consolidação. De facto, há, neste âmbito, vários modelos distintos passíveis de adoção, sendo que o vértice de cada um dos espetros é atribuído, por uma banda, ao (i) *Loss Transfer* e, por outra banda, ao regime de (ii) *Full Consolidation*.

Ao abrigo do sistema de *Loss Transfer*, a integração opera, somente, ao nível dos prejuízos fiscais. Permite-se, portanto, um *offset* dos resultados obtidos pelas diferentes sociedades (lucros *versus* prejuízos) que compõem o grupo para determinação do lucro tributável que cada uma delas sujeita a imposto⁶⁶.

⁶³ Vd. Correia, 2013.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ A título de exemplo de adoção, tome-se a Austrália – “Australia has a consolidation system which eliminates the separate entities of subsidiary members of a corporate group for tax purposes. There is no recognition or reporting of income or losses at the level of the subsidiary. Instead, any external transactions undertaken by group members are taxed as if the transaction was undertaken by the corporate parent” (vd. Finance, 2010, p. 8).

⁶⁶ “Intra-group offset is thus achieved” (vd. Ting, 2013, p. 43).

Por sua vez, o regime de *Full Consolidation* revela-se mais profundo a nível de reconhecimento legal da vivência dinâmica dos grupos de sociedades quando comparado com o sistema de *Loss Transfer*. Efetivamente, ao passo que o sistema de *Loss Transfer* consente, apenas, a consolidação dos resultados – entenda-se, conforme *supra* explicitado, a transferência de lucros e perdas entre as diferentes sociedades, surtindo efeitos, somente, no que à integração dos prejuízos fiscais diz respeito – o regime de *Full Consolidation* permite que, para além da consolidação de resultados, se neutralizem as transações intragrupo⁶⁷. Destarte, eventuais distorções no lucro ou prejuízo de cada empresa que tenham como origem transações intragrupo são, ao abrigo deste regime, desconsideradas para efeitos de determinação do lucro a sujeitar a imposto. Este regime, que pode ser cumulado com os três tipos de base⁶⁸, embora de indiscutível relevo, não será por nós aprofundado, dado não ser o objeto fulcral do nosso estudo.

3.2.4. Do tratamento dos prejuízos fiscais

A possibilidade de transferência dos prejuízos fiscais entre as diversas sociedades que constituem o grupo é, potencialmente, a grande vantagem do regime de consolidação de resultados. Efetivamente, o regime de consolidação de resultados permite que os prejuízos gerados por uma sociedade membro do grupo sejam utilizados para reduzir o lucro gerado por outra sociedade do grupo, contrastando, assim, com o regime regra, nos termos do qual os prejuízos gerados por uma entidade se encontram limitados à sua esfera de atuação, podendo ser utilizados, apenas, contra o lucro por si individualmente gerado (*Separate Entity Doctrine*). Através da possibilidade de transmissão intragrupo de prejuízos, permite-se que a taxa efetiva de imposto suportada pelo grupo seja menor – posto que o lucro sujeito a imposto, ainda que de forma individual por cada sociedade, é o resultado consolidado, conseguido após o *offset* de prejuízos gerados contra o lucro obtido – favorecendo, desta forma, a competitividade do tecido empresarial⁶⁹.

Ora, após determinação das sociedades elegíveis para integrar o grupo, é indispensável definir qual o regime de tratamento dos prejuízos, o qual terá de ter em conta a natureza altamente volátil e dinâmica dos grupos de sociedades.

Assim, por forma a abarcar todas as possibilidades, o legislador fiscal terá que cuidar do tratamento de dois tipos de prejuízos: por um lado, (i) dos prejuízos existentes antes de a sociedade se juntar ao grupo, isto é, dos prejuízos acumulados; e, por outro lado, (ii) dos prejuízos gerados pelo grupo durante a vigência do regime de consolidação de resultados.

Nas próximas secções, proceder-se-á a uma análise geral e abstrata das diferentes possibilidades vigentes.

⁶⁷ Vd. Finance, 2010.

⁶⁸ Efetivamente, a *Full Consolidation*, mecanismo do qual é apanágio a neutralização das transações intragrupo é passível de cumulação com os diferentes tipos de base tributável, a saber: (i) *Single Tax Base*, adotada na Austrália, (ii) *Separate Tax Base*, adotada no Reino Unido e (iii) *Common Tax Base*, característica dos Estados Unidos da América. Para mais desenvolvimentos no tema, vd. Correia, 2013.

⁶⁹ Vd. Ting, 2013.

3.2.4.1. Dos prejuízos existentes antes de a sociedade se juntar ao grupo – os prejuízos acumulados

Para o que ora releva, será assumido que a sociedade que passará a integrar o grupo se encontraria, por si só, a desenvolver uma atividade. Assim, como consequência desse exercício, poderá ter prejuízos acumulados, cujo tratamento deverá ser definido face à nova realidade – *i.e.*, integração num grupo de sociedades⁷⁰. Neste sentido, revela-se fulcral definir se será possível, à sociedade a integrar o grupo, transportar os prejuízos acumulados para o seio do grupo; e, em caso afirmativo, quais as limitações a impor a tal transporte (caso existam).

Por um lado, o legislador pode, desde logo, não permitir que empresas com prejuízos fiscais acumulados se juntem ao grupo; ou, por sua vez, fazer depender a integração no grupo da supressão dos prejuízos fiscais incorridos anteriormente. Ora, tais limitações, embora severas e desencorajadoras da opção pelo regime de consolidação de resultados – dada a sua manifesta *violação*⁷¹ do princípio da neutralidade – permitem combater, de forma eficaz, eventuais práticas de planeamento fiscal abusivo⁷².

Para além disso, o legislador fiscal, ainda que impedindo o transporte dos prejuízos acumulados para o seio do grupo, pode não os eliminar por completo; efetivamente, pode colocá-los um período de *suspensão*⁷³, eliminando a possibilidade de acesso aos prejuízos durante a vigência do regime de consolidação de resultados, mas facultando, à sociedade, a sua recuperação aquando da sua (eventual) saída do grupo e cessação, face a ela, da sujeição ao regime de consolidação de resultados. Todavia, ainda que menos agressivo do que a não permissão de entrada para o grupo, ou a sua permissão sob condição de eliminação dos prejuízos acumulados, este sistema torna o regime da consolidação de resultados menos atrativo para os sujeitos passivos, colocando-se, ainda, a questão do prazo de aproveitamento das perdas assim suspensas⁷⁴.

Por outro lado, o legislador pode permitir que a empresa com prejuízos acumulados os transportes para o seio do grupo aquando da sua entrada, ainda que, em determinados casos, os sujeite a certos condicionalismos.

De facto, o legislador pode não impor quaisquer limites à utilização dos prejuízos acumulados pelo grupo, permitindo o seu transporte para o seio da atividade intragrupo sem qualquer balizamento qualitativo ou quantitativo. Ora, de acordo com este modelo, os prejuízos são, regra geral, transportados para a sociedade dominante, com base na premissa de que, durante a vigência do regime de consolidação de resultados, as sociedades dominadas perdem, materialmente, a sua existência individual. Embora de extrema atratividade, a adoção deste sistema gera sérios obstáculos; de facto, ao permitir-se a utilização dos prejuízos acumulados sem qualquer limitação, facilitam-se práticas abusivas

⁷⁰ “This is basically an issue arising from the transition between the separate entity doctrine and the enterprise doctrine” (vd. Ting, 2013, p. 140).

⁷¹ Itálico nosso.

⁷² Vd. Correia, 2013; Ting, 2013.

⁷³ Itálico nosso.

⁷⁴ “An issue with this model, for the countries that implemented a limited year loss carryover period, is whether the limit time of loss carryovers should be suspended while the entity is a member of the tax group” (vd. Correia, 2013, p. 169).

de compra e venda de prejuízos fiscais⁷⁵. Ademais, implica um potencial decréscimo das receitas expectáveis do Estado, uma vez que facilita a utilização integral dos prejuízos acumulados⁷⁶.

Todavia, a maior parte dos Estados – ainda que de formas variadamente niveladas – adotam outro modelo: na maior parte das jurisdições, permite-se que os prejuízos acumulados sejam utilizados no âmbito da consolidação, estando tal utilização, porém, sujeita a determinadas limitações⁷⁷. De facto, a utilização de tais prejuízos pode sofrer limitações quanto à percentagem da sua utilização, bem como quanto à entidade que os pode aproveitar⁷⁸.

No que diz respeito à primeira limitação – isto é, quanto à percentagem de utilização – muitas jurisdições impõem limites quanto à percentagem de utilização dos prejuízos acumulados que a sociedade pode usar para reduzir o seu lucro tributável, à semelhança do que sucede ao abrigo do regime geral da dedução de prejuízos fiscais no seio da *Separate Entity Doctrine*.

Por sua vez, no que concerne à segunda limitação – entenda-se, aos limites legais quanto à entidade que pode utilizar as perdas em questão – os prejuízos acumulados ficam, em regra, em regime de *quarentena*⁷⁹. De acordo com este regime, os prejuízos acumulados pela sociedade a entrar no grupo apenas podem ser utilizados, no seio da atividade intragrupo, no âmbito do lucro por ela gerado. Acresce que muitas jurisdições estipulam, ainda, requisitos quanto à titularidade das participações sociais, impondo um mínimo de continuidade para que os prejuízos acumulados possam ser utilizados pelo grupo⁸⁰.

Ora, uma vez definida, pelo legislador, a abordagem adotada – com base nas orientações acima explanadas – impõe-se estipular o momento da utilização de tais prejuízos, *i.e.*, se estes devem ser utilizados pela sociedade antes da consolidação de resultados ou depois dessa consolidação ter lugar.

Por um lado, no primeiro caso – ou seja, utilização dos prejuízos acumulados antes de se proceder à consolidação de resultados – a sociedade titular originária dos prejuízos calculará o seu lucro tributável individualmente, a cujo resultado irá deduzir, de forma igualmente individual, os prejuízos acumulados; só depois haverá agregação do lucro ou prejuízo daqui resultante. Esta opção merece destaque pela sua simplicidade, uma vez que permite a aplicação das regras gerais de tributação das pessoas coletivas (*Separate Entity Doctrine*).

Por outro lado, na segunda hipótese – entenda-se, utilização dos prejuízos acumulados depois de se proceder à consolidação de resultados – as diferentes sociedades calcularão o seu lucro ou prejuízo individual, resultados posteriormente agregados e, por

⁷⁵ “It raises the potential for abuse through the trafficking of losses” (vd. Correia, 2013, p. 169).

⁷⁶ Vd. Ting, 2013.

⁷⁷ Vd. Finance, 2010.

⁷⁸ A este respeito, importa notar que grande parte das jurisdições recorre aos dois tipos de limitações, por forma a evitar o planeamento fiscal abusivo, bem como a assegurar um nível mínimo de receita para o Estado. Neste mesmo sentido, vd. Correia, 2013.

⁷⁹ Itálico nosso.

⁸⁰ Vd. Correia, 2013.

fim, deduzir-se-á, caso haja lucro tributável, e de acordo com a respetiva proporcionalidade (*i.e.*, na proporção da contribuição da sociedade com prejuízos acumulados para o lucro consolidado), os prejuízos acumulados pela sociedade que neles incorreu antes de se juntar ao grupo.

Ora, embora a segunda hipótese dê prevalência à *Enterprise Doctrine*, já que implica que o grupo, considerado como um todo, tenha lucro tributável ao qual seja possível reduzir os prejuízos acumulados, facilmente se depreendem fortes implicações no que aos limites temporais diz respeito. De facto, estando a utilização dos prejuízos dependente da verificação de lucro tributável por parte do grupo, associada aos limites temporais impostos à utilização dos prejuízos⁸¹, existe a possibilidade de se dar a prescrição antes de ser possível utilizá-los⁸². Por sua vez, ao abrigo da primeira hipótese, para além de o risco de prescrição ser menor, a sua aplicação revela-se notoriamente mais simples, já que, neste cenário, se aplicam as regras gerais de dedução dos prejuízos.

3.2.4.2. Dos prejuízos gerados pelo grupo durante a vigência do regime de consolidação de resultados

A problemática dos prejuízos gerados pelo grupo durante a vigência do regime de consolidação de resultados tem que ver, sobretudo, com o seu tratamento aquando da saída de uma sociedade do grupo. De facto, para além de ser necessário cuidar do tratamento dos prejuízos acumulados no momento de entrada para o grupo – caso estes tenham ficado em regime de suspensão ou tenham sido, apenas, parcialmente utilizados pelo grupo – bem como dos prejuízos gerados durante a integração da sociedade no grupo.

Ora, caso a sociedade de saída tenha visto os prejuízos acumulados suspensos aquando do momento de entrada para o grupo, voltará a ter a eles acesso no momento da saída; o mesmo sucede caso a utilização das perdas tenha ficado em regime de *quarentena* no que diz respeito à circunscrição da sua utilização à sociedade que neles incorreu – neste caso, no momento da saída, os prejuízos que ainda persistam acompanhá-la-ão.

Deste modo, a grande questão, neste âmbito, diz respeito às perdas geradas no âmbito do grupo, isto é, no seio da vigência do regime de consolidação de resultados, e ao tratamento que lhes deve ser dado perante a circunstância de saída, do grupo, de uma sociedade que contribuiu para a sua formação.

Ora, neste caso, o legislador fiscal pode optar pela manutenção das perdas geradas no seio do grupo, significando que, quando uma sociedade abandona o grupo – e, por conseguinte, o regime de consolidação de resultados – não transporta, na sua esfera, quaisquer prejuízos dedutíveis, ainda que tenha contribuído para a sua formação⁸³. Por outra banda, o legislador fiscal pode optar pela alocação de perdas à sociedade de saída na proporção do seu contributo para a formação de tais prejuízos⁸⁴.

⁸¹ Vd. 2.2.3 – Em particular, as considerações efetuadas relativamente aos limites temporais à utilização de prejuízos fiscais.

⁸² Vd. Ting, 2013.

⁸³ Opção parcialmente acolhida, como veremos, pelo legislador português.

⁸⁴ Regime adotado, a título exemplificativo, nos Estados Unidos da América (Code of Federal Regulations, section 1.1502-21.).

Como é bom de ver, o primeiro sistema – isto é, a manutenção das perdas no seio do grupo – é de execução consideravelmente mais simples quando comparado com o segundo modelo, uma vez que torna desnecessária a criação de regras que definam qual a proporção das perdas a que a sociedade de saída terá direito. Todavia, tal coloca questões de compensação empresarial, uma vez que, à partida, será necessário compensar a sociedade de saída pelos prejuízos perdidos a favor do grupo⁸⁵.

Revela-se, ainda, imperativo referir a possibilidade de cessação de aplicação do regime da consolidação de resultados à totalidade do grupo, cujo tratamento é, fundamentalmente, uma questão de transição da *Enterprise Doctrine* para a *Separate Entity Doctrine*. Neste cenário, as perdas existentes podem ser proporcionalmente divididas e subsequentemente alocadas aos diferentes membros do grupo ou, meramente, serem totalmente desconsideradas e extintas. Regra geral, por forma a obstar aos efeitos claramente nefastos da desconsideração e extinção da totalidade dos prejuízos em vigor aquando da cessação do regime de consolidação de resultados, as diferentes jurisdições tendem a distribuí-los, mediante um critério pré-definido⁸⁶, alocando-os às diferentes sociedades que constituíam o grupo.

3.3. A tributação dos grupos de sociedades ao abrigo do CIRC – o RETGS

O regime de tributação aplicável aos grupos de sociedades vem contido nos art.^{os} 69.^o e seguintes do CIRC e, desde que verificados determinados requisitos, os grupos de sociedades podem optar pela sua aplicação. Efetivamente, à luz da legislação portuguesa, o regime é optativo e, em caso de escolha, tal opção terá de ser manifestada pela sociedade dominante⁸⁷ e surtirá os seus efeitos em todas as sociedades que compõem o grupo⁸⁸.

Ora, a par do que sucede numa perspetiva internacional, a aplicação do RETGS permite que se desconsidere a individualidade de cada sociedade que compõe o grupo para efeitos tributários, sendo a capacidade contributiva aferida em função do grupo como uma só realidade económica. De facto, na vigência do RETGS, o lucro tributável do grupo, calculado pela sociedade dominante, é o resultado da “soma algébrica dos lucros tributáveis e dos prejuízos fiscais apurados nas declarações periódicas individuais de cada uma das sociedades pertencentes ao grupo” (n.^o 1 do artigo 70.^o do CIRC)⁸⁹.

Desde logo, importa referir que, para que se possa aplicar o RETGS, é preciso que exista um grupo de sociedades; e, para efeitos de aplicação deste regime, entende-se que existe um grupo de sociedades quando uma sociedade (dita dominante) detém, direta

⁸⁵ Ainda assim, a definição de regras de compensação dos sócios da sociedade de saída pode ser mais simples do que estabelecer critérios que permitam a alocação das perdas, em si consideradas, à sociedade a abandonar o grupo e, ademais, pode evitar “the abusive trafficking of losses” (vd. Correia, 2013, p. 198).

⁸⁶ Em princípio, o critério adotado servirá o propósito de replicar a contribuição de cada sociedade para as perdas incorridas. A este respeito, vd. Correia, 2013.

⁸⁷ Conforme resulta do n.^o 1 do art.^o 69.^o do CIRC.

⁸⁸ Afastando, por isso, a possibilidade de escolha das sociedades do grupo a serem abrangidas pelo regime (*i.e.*, o “cherry-picking”).

⁸⁹ Reforça-se que cada membro do grupo apurará o seu lucro de forma individual num primeiro momento; só posteriormente haverá agregação.

ou indiretamente, pelo menos 75% do capital de outra ou outras sociedades (designadas dominadas), “desde que tal participação lhe confira mais de 50% dos direitos de voto” (n.º 2 do artigo 69.º do CIRC)⁹⁰.

Assim, existindo um grupo de sociedades, a opção pela aplicação do RETGS pode ter lugar, conquanto se verifiquem, cumulativamente, uma série de requisitos. De facto, as sociedades do grupo têm de ser residentes em território português e estar sujeitas à taxa normal de IRC de 21%. Para além disso, as participações das sociedades dominadas têm de ser detidas, pela sociedade dominante, há mais de um ano (com referência à data na qual se inicia a aplicação do RETGS)⁹¹. Ainda, a sociedade dominante não pode ser considerada dominada de uma outra sociedade residente em Portugal e não pode ter renunciado à aplicação do RETGS nos últimos três anos (com referência à data na qual se inicia a aplicação do RETGS).

Há, contudo, uma série de impedimentos à aplicação do RETGS. De facto, e ao que mais diretamente importa ao nosso estudo, o registo de prejuízos fiscais nos três exercícios anteriores ao do início da aplicação do RETGS por qualquer sociedade integrante do grupo é, regra geral, facto impeditivo da aplicação do regime⁹². Daqui resulta que, à luz da legislação portuguesa, em princípio, não poderá integrar um grupo que aplique o RETGS uma sociedade com prejuízos acumulados nos três anos anteriores; há, deste modo, uma forte limitação à entrada. Todavia, esta proibição não se verifica caso os prejuízos se reportem a uma sociedade dominada e a participação seja detida, pela sociedade dominante, há mais de dois anos, uma vez que, neste caso, o risco de haver um aproveitamento abusivo das perdas (i.e., uma *compra e venda* de prejuízos fiscais) é substancialmente menor.

No que diz respeito ao tratamento dos prejuízos acumulados aquando da entrada da sociedade para o seio do grupo – caso estes não digam respeito aos três anos anteriores, já que, conforme *supra* analisado, perante tal circunstância a sociedade, regra geral, não poderá integrar o grupo fiscal – estes são dedutíveis ao lucro tributável do grupo, ainda que a dedução a efetuar não possa exceder o montante correspondente a 70% do lucro tributável⁹³. Porém, esta dedução de prejuízos fiscais anteriores só pode ter lugar até ao limite do lucro tributável da sociedade a que respeitam, isto é, até à concorrência do lucro tributável da sociedade que os gerou. Destarte, vigora, entre nós, um regime especial de *quarentena* dos prejuízos fiscais acumulados pela sociedade que integra o

⁹⁰ A este respeito, cumpre dar nota de que o nível de participação exigido (isto é, pelo menos 75%) tem em conta as participações detidas direta e indiretamente através de sociedades residentes em território português que reúnam os requisitos legalmente previstos. Para além disso, as participações podem ser detidas através de sociedades residentes noutra EM da UE ou do EEE. Contudo, neste último caso, é indispensável que exista obrigação de cooperação administrativa no domínio da fiscalidade equivalente à existente no âmbito da UE e as participações têm que ser detidas, pela sociedade dominante, direta ou indiretamente, em pelo menos 75%, através de sociedades residentes em território português ou de sociedades residentes noutra EM da UE (conforme resulta dos n.ºs 5 e 6 do art.º 69 do CIRC).

⁹¹ Todavia, prescinde-se do requisito temporal de um ano quando as sociedades em questão tenham sido constituídas pela sociedade dominante ou por outras sociedades que integrem o grupo, desde que os 75% de capital e 50% dos direitos de voto sejam detidos desde a data da constituição (nos termos do n.º 13 do art.º 69.º do CIRC).

⁹² De notar que este requisito negativo se aplica, de igual forma, à sociedade dominante. Consulte-se, para o efeito, o Ponto 1 da Informação Vinculativa emitida no Processo n.º 229/2017.

⁹³ Nos termos do n.º 2 do art.º 52.º *ex vi* da alínea a) do n.º 1 do art.º 71.º do CIRC.

grupo, uma vez que, ainda que estes possam ser deduzidos ao lucro tributável do grupo, apenas poderão surtir os seus efeitos sobre a proporção do lucro tributável que a sociedade que os gerou apure no âmbito do desenvolvimento da sua atividade intragrupo. Em suma, ainda que os prejuízos possam ser deduzidos ao lucro tributável do grupo até ao limite de 70%, esta dedução só pode ser efetuada até à concorrência do lucro tributável da sociedade a que respeitam⁹⁴.

Relativamente aos prejuízos gerados no âmbito do grupo, a lei estipula, de forma clara, que estes só poderão ser deduzidos ao lucro tributável do grupo. Efetivamente, estes prejuízos podem ser deduzidos de acordo com as regras gerais, isto é, nos 5 ou 12 exercícios seguintes (em função da qualificação da sociedade como PME) e até ao limite de 70% do lucro tributável.

Convém, ainda, realçar que, caso se dê a saída de uma sociedade do grupo, “extingue-se o direito à dedução da quota-parte dos prejuízos respeitantes àquela(s) sociedade(s)” (nos termos da alínea d) do n.º 1 do art.º 71 do CIRC). Assim, conclui-se que, no que diz respeito ao tratamento dos prejuízos pós-saída do grupo de uma sociedade que para eles contribuiu, o legislador português adotou uma perspetiva radical, já que, para além de não permitir que a sociedade de saída tenha acesso à parte dos prejuízos que lhe diz respeito⁹⁵, também impede que estes permaneçam no seio do grupo, optando pela sua extinção liminar. Extinguem-se, assim, os prejuízos respeitantes à sociedade de saída que não tenham, ainda, sido utilizados pelo grupo. Ademais, no caso de cessação do grupo, os prejuízos ainda em vigor (com exceção daqueles transportados para o seio do grupo, sujeitos ao regime especial de *quarentena*) serão, igualmente, extintos.

Por fim, importa aludir à vigência, entre nós, de um sistema de *Loss Transfer*. Efetivamente, o legislador permite que, ao abrigo do RETGS, as sociedades consolidem os resultados obtidos, sendo a capacidade do grupo aferida em função desse agregar de resultados. Todavia, não se permite qualquer neutralização das transações intragrupo, afastando-se, por conseguinte, a adesão ao sistema de *Full Consolidation*.

3.4. A Matéria Coletável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades – MCCCIS⁹⁶

3.4.1. Do desejo europeu de harmonização da tributação dos grupos de sociedades

De forma amplamente assumida, a Comunidade Europeia almeja criar um espaço de livre circulação económica através da adoção de um Mercado Interno próspero e está-

⁹⁴ “No caso da dedução dos prejuízos individuais aos lucros do grupo, o legislador português enfrentou um dilema. Se não permitisse a sua dedução, seria um fator dissuasor da adesão ao regime. Mas se o permitisse discricionariamente, poderiam surgir abusos, como a aquisição de sociedades com prejuízos para os poder compensar com os ganhos das outras sociedades” (vd. Sá, 2014, p. 26).

⁹⁵ Com exceção daqueles que já estariam acumulados à data da sua entrada para o grupo, os quais, caso não tenham sido totalmente utilizados pelo grupo, acompanharão a sociedade de saída, voltando a surtir efeitos na sua esfera individual, levantando-se, assim, o regime especial de *quarentena* (conforme resulta da alínea c) do n.º 1 do art.º 71.º do CIRC).

⁹⁶ No jargão internacional, *Common Consolidated Corporate Tax Base* (CCCTB).

vel^{97 98}. Neste sentido, facultou-se, às empresas, a liberdade de estabelecimento em qualquer EM sem que possam, em geral, ver-se restringidas no exercício dos seus direitos de forma transfronteiriça⁹⁹.

Todavia, as notórias diferenças entre as legislações de carácter tributário dos diferentes EM restringem, ainda que de forma indireta, esta liberdade de estabelecimento¹⁰⁰, posto está serem um fator de conformação da atividade empresarial, dada a volatilidade não só do apuramento da matéria tributável numa perspetiva interestadual, como também das diferentes taxas de imposto aplicáveis¹⁰¹.

Assim, com o objetivo de pôr fim a esta distorção da realidade empresarial¹⁰² – a qual, note-se, dá azo às mais variadas práticas de planeamento fiscal abusivo (nomeadamente, através da deslocalização dos lucros para territórios com características mais vantajosas a nível fiscal), como também comporta elevados custos administrativos¹⁰³ – e com o propósito de adotar a *Entreprise Doctrine* a nível europeu, a Comissão Europeia, a 16 de março de 2011, apresentou uma Diretiva dirigida à harmonização da matéria tributável a nível europeu, procurando introduzir, assim, um sistema de consolidação total¹⁰⁴. De acordo com a proposta de Diretiva, a matéria coletável atribuída a cada jurisdição onde a multinacional desenvolva a sua atividade será o resultado de três passos sequenciais. Num primeiro momento, cada membro do grupo calcula o seu lucro de forma individual¹⁰⁵, de acordo com o mesmo leque de regras harmonizadas a nível europeu. Posteriormente, as várias bases tributáveis serão agregadas, por forma a que seja atingida a matéria coletável consolidada. Por fim, a matéria coletável será proporcionalmente atribuída a cada EM, através da aplicação de uma fórmula para repartição da matéria coletável entre os diferentes EM onde a multinacional desenvolva a sua ativi-

⁹⁷ Nos termos do n.º 3 do art.º 3.º do TUE, “A União estabelece um mercado interno. Empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços”.

⁹⁸ “O aprofundamento da integração (harmonização) fiscal ao nível da tributação directa das sociedades constitui um dos mais antigos e intensos anseios políticos da União Europeia” (vd. Tavares, 2011, p. 562).

⁹⁹ Conforme resulta do 1.º parágrafo do art.º 49.º do TFUE, “São proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro. Esta proibição abrangerá igualmente as restrições à constituição de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um Estado-Membro estabelecidos no território de outro Estado-Membro”.

¹⁰⁰ “The differences among member states with regard to company taxation cause several distortions and obstacles to EU-wide business activities” (vd. Schön *et al.*, 2008, p. 1).

¹⁰¹ Na verdade, grande parte dos EM não permite a dedução de prejuízos apurados por empresas associadas residentes noutras jurisdições. Neste sentido, vd. Spengel & Wendt, 2007.

¹⁰² “With the proposal for a CCCTB, the European Commission aims [...] to create an integrated single market for doing business in Europe” (vd. Spengel & Zöllkau, 2012, p. 1).

¹⁰³ “Compliance costs of taxpayers arise from fulfilling tax reporting requirements and from the efforts made to evaluate the tax consequences of different business decisions (...). Administrative costs of public authorities include costs incurred to enforce the tax law, for example monitoring costs. These administrative costs should be in reasonable proportion to the tax revenues [...]. The criterion of simplicity is thus linked to cost effectiveness. A simple and cost-effective tax system would promote the competitiveness of EU-companies as they can direct resources from administrative tasks to productive activities that promote growth” (vd. Spengel & Wendt, 2007, p. 13).

¹⁰⁴ Vd. COM (2011) 121 final, relativa a uma matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades (MCCCS).

¹⁰⁵ “All members of the taxable unit should calculate their own tax bases separately first. In this respect, common tax accounting rules should apply” (vd. Spengel & Wendt, 2007, p. 30).

dade¹⁰⁶. Importa referir, contudo, que a taxa a aplicar à porção da matéria coletável que lhes couber fica na plena soberania dos EM, não prevendo, a Comissão, qualquer interferência nesse âmbito¹⁰⁷.

Ora, sem prejuízo de, na nossa opinião, ser de inquestionável proeminência – dada a crescente complexidade da atividade empresarial¹⁰⁸ – a Diretiva não logrou acolhimento entre os vários EM, uma vez que acarretava, na sua aplicação prática, uma mudança radical na capacidade que cada EM teria para tributar os grupos de sociedades^{109 110}. Neste sentido, e acolhendo as várias críticas efetuadas¹¹¹, a Comissão Europeia apresentou, a 25 de outubro de 2016, duas novas Diretivas na matéria¹¹². Por um lado, num primeiro momento, proceder-se-ia à harmonização da determinação da matéria coletável entre os diferentes EM, através da aplicação de um leque de regras comuns. Por outro lado, só após o atingir de tal harmonização se procederia à aplicação do regime de consolidação fiscal, conforme concebido no seio da Comissão Europeia, *pedra de toque* da efetiva homogeneidade da tributação das sociedades a nível europeu¹¹³.

Cumpre, agora, analisar a adoção do mecanismo de dedução de prejuízos fiscais conforme perspectivado à luz da MCCCIS (quer na abordagem de 2011, quer na mais recente, datada de 2016), ponto central do nosso estudo.

3.4.2. Do tratamento dos prejuízos fiscais à luz da MCCCIS

À luz da MCCCIS, na sua versão originária, um prejuízo ou perda é entendido como “um excedente de encargos e outros elementos dedutíveis sobre os réditos durante um exercício fiscal”¹¹⁴. Ora, a versão de 2016 veio subtilmente afinar esta redação, com presumível base nas discussões vividas no seio do Conselho da UE e nas recomendações da proposta inicial. Assim, à luz das mais recentes alterações, entende-se que há uma perda quando existe um “excedente das despesas dedutíveis e outros elementos dedutíveis em relação às receitas durante um exercício fiscal”¹¹⁵.

¹⁰⁶ “The CCCTB requires that the tax base is common across the EU and consolidates the profits and losses of the companies participating in a group to calculate a single tax base for ‘sharing’” (vd. Commission, 2006, p. 4).

¹⁰⁷ Efetivamente, nos termos do declarado na exposição de motivos da Diretiva de 2011 (em particular, no ponto 1 de contexto da proposta), “a abordagem comum proposta assegura a coerência dos sistemas fiscais nacionais, mas não harmoniza as taxas de impostos. [...]. As diferenças nas taxas permitem um certo grau de concorrência fiscal que deve ser mantido no mercado interno e a concorrência leal fiscal, baseada nas taxas, oferece maior transparência, podendo os Estados-Membros considerar não só a sua competitividade no mercado como as suas necessidades orçamentais ao determinarem as respectivas taxas de tributação”.

¹⁰⁸ Vd. Weber & Streek, 2017.

¹⁰⁹ Em específico, no que diz respeito à aplicação da fórmula para repartição da matéria coletável entre os diferentes EM, ponto que, embora fulcral, não nos cumpre devolver neste estudo. Para mais considerandos sobre a matéria, vd. Schön, 2008.

¹¹⁰ Para maior detalhe no que aos principais obstáculos à aplicação da MCCCIS de 2011 concerne, vd. Tavares, 2011.

¹¹¹ As quais, note-se, tinham que ver, sobretudo, com o caráter demasiado ambicioso do projeto, já que propunha a introdução de demasiadas mudanças de paradigma de uma forma abrupta.

¹¹² Vd. COM(2016) 685 final, relativa a uma matéria coletável comum do imposto sobre as sociedades e COM(2016) 683 final, relativa a uma matéria coletável comum consolidada do imposto sobre as sociedades.

¹¹³ “Consolidation is a key element in the sense that it is like the glue in the system that keeps it together” (vd. Schön, 2008, p. 97).

¹¹⁴ Vd. ponto 10 do art.º 4.º da COM(2011) 121 final.

¹¹⁵ Vd. ponto 9 do art.º 4.º da COM(2016) 685 final, para a qual remete, inclusive, o ponto 10 do art.º 3.º da COM(2016) 683 final.

Desde logo, importa notar que o tratamento genérico dos prejuízos fiscais à luz das diferentes Diretivas se revela bastante similar, razão pela qual iremos abordar o tema de forma integrada, facilitando a sua compreensão.

3.4.2.1. Dos prejuízos existentes antes de a sociedade se juntar a um grupo que aplique a MCCCIS – os prejuízos acumulados

À semelhança do já estudado até ao momento, as perdas incorridas por uma empresa antes de se juntar a um grupo (*i.e.*, os prejuízos acumulados) que aplique a MCCCIS ficam em regime de *quarentena*. De facto, tais perdas não serão tidas em conta no momento da consolidação de resultados (isto é, não serão consideradas perdas do grupo); na verdade, os prejuízos *sub judice* serão tidos em consideração quando, após a consolidação de resultados e subsequente repartição da matéria coletável entre os diferentes EM nos quais o grupo desenvolva a sua atividade, possam ser abatidos à fração da matéria coletável que à empresa que neles incorreu antes de se juntar ao grupo que aplique a MCCCIS couber¹¹⁶. São, por conseguinte, utilizados numa “stand-alone-basis”^{117 118}.

Verdadeiramente, os prejuízos acumulados pela sociedade ora junta ao grupo não foram gerados pelo grupo consolidado internacional, entendido enquanto entidade económica autónoma, pelo que não lhe podem ser atribuídos; de facto, à luz da MCCCIS, tais perdas são – e, a nosso ver, de forma adequada – convenientemente adjudicadas ao EM onde foram geradas, ficando, deste modo, sujeitas aos limites nacionais impostos para o tratamento das perdas¹¹⁹. Contudo, e indo ao encontro do pensamento já por nós manifestado em momento prévio¹²⁰, impedir a utilização destes prejuízos acumulados seria demasiado restritivo – especialmente, dado o prazo de reporte que grande parte dos EM impõe, podendo tal medida implicar a caducidade da utilização de tais perdas – revelando-se como fator dissuasivo do recurso, por parte das sociedades com prejuízos fiscais acumulados, à MCCCIS¹²¹.

3.4.2.2. Dos prejuízos gerados no seio de um grupo que aplique a MCCCIS

No que concerne às perdas geradas no seio do grupo ao abrigo da aplicação da MCCCIS, estas serão tratadas, de forma exclusiva, como perdas do grupo consolidado,

¹¹⁶ Vd. art.ºs 48.º e 64.º da COM(2011) 121 final, art.º 47.º da COM(2016) 685 final e art.º 15.º da COM(2016) 683 final.

¹¹⁷ Spengel & Wendt, 2007, p. 47.

¹¹⁸ Losses incurred by a taxpayer before entering a CCCTB group would not be taken into account in the consolidation. Such losses would be offset against the share of the future consolidated profits attributed to this taxpayer in accordance with the national rules” (vd. Commission, 2007, p. 26).

¹¹⁹ Vd. Spengel & Zöllkau, 2012; Ting, 2013, p. 141, nota de rodapé 3, ao estabelecer que a opção pela *quarentena* foi a preferida pelo grupo de trabalho da MCCCIS; em particular, dada a eventual incompatibilidade do tratamento conferido aos prejuízos acumulados – porque gerados antes da entrada no grupo e, por isso, tratados à luz do direito nacional – com as regras da MCCCIS.

¹²⁰ Vd. 3.2.4.1.

¹²¹ Este elemento dissuasor teria especial significado à luz da Diretiva de 2011, dado que o regime então proposto era estritamente opcional. Contudo, com o regime de 2016, este efeito ficou mitigado, uma vez que a aplicação da MCCCIS passou a ser obrigatória para grupos de empresas cujo resultado consolidado do exercício imediatamente anterior seja superior a € 750.000.000. Assim, o elemento dissuasor só se manterá em vigor para os grupos que, efetivamente, possam optar por acolher – ou não – a aplicação do regime.

considerado como um todo¹²². Neste sentido, as perdas geradas pelo grupo de sociedades ao abrigo da aplicação da MCCCIS serão utilizadas para deduzir ao lucro tributável consolidado do grupo antes de ter lugar a repartição pelos diferentes EM onde o grupo desenvolva a sua atividade¹²³.

Ora, ainda que tal tratamento se configure, a nosso ver, como um afloramento claro da *Enterprise Doctrine*, é portador de um trato assimétrico face à vertente positiva do rendimento que o grupo aufera. Efetivamente, ao passo que os lucros apurados num dado período são distribuídos nesse mesmo intervalo (através da aplicação da fórmula para repartição da matéria coletável entre os diferentes EM onde o grupo desenvolva a sua atividade), os prejuízos surtem os seus efeitos no resultado consolidado pré-distribuição, sendo reportados, quando não inteiramente utilizados, pelo grupo para futuro com o objetivo de reduzir a lucros vindouros, não se procedendo, assim, a qualquer sua distribuição¹²⁴.

Importa referir que, neste âmbito, a significativa diferença face a grande parte dos ordenamentos jurídicos – e, em particular, relativamente ao regime em vigor em Portugal – tem que ver com o prazo de reporte. Ao arrepio da legislação nacional, a MCCCIS prevê um prazo ilimitado de reporte para a frente, não apondo, desta forma, um prazo de validade à utilização dos prejuízos gerados pelo grupo. Todavia, no que diz respeito ao reporte para trás, não se encontra qualquer previsão, estando a MCCCIS, neste aspeto, em sintonia com a maior parte dos EM¹²⁵.

Ainda, ao abrigo da MCCCIS, não são estabelecidos limites percentuais à dedução de prejuízos incorridos em exercícios anteriores, ainda que o resultado decorrente da utilização de tais perdas não possa, todavia, ser negativo. Acresce a disposição clara de que se deve atribuir prioridade à dedução de prejuízos mais antigos.

Agora, no que diz respeito ao momento de saída de uma sociedade do grupo – grupo esse que continuará a existir ao abrigo da MCCCIS – não lhe serão atribuídas quaisquer perdas, ainda que para elas tenha contribuído¹²⁶. De facto, sendo as perdas geradas pelo grupo consolidado, entendido como uma só entidade, a saída da sociedade do grupo com a atribuição de perdas implicaria uma quebra na *Enterprise Doctrine*.

Todavia, perante uma situação de cessação do grupo, os prejuízos gerados no seu seio terão de ser devidamente repartidos, posto está que a *Enterprise Doctrine* deixará de vigorar¹²⁷. Neste sentido, a MCCCIS prevê que tal atribuição seja calculada no momento

¹²² “Once a company is part of the consolidated group, any future losses incurred are locked in” (vd. Weber & Streek, 2017, p. 84).

¹²³ Vd. art.ºs 43.º e n.º 2 do art.º 57.º da COM(2011) 121 final, art.º 41.º da COM(2016) 685 final e n.º 2 do art.º 7.º da COM(2016) 683 final.

¹²⁴ “Whereas a positive income is subject to formula apportionment in the period it is earned, a negative consolidated tax base is carried forward at the group level and reduces future profits” (vd. Schön *et al.*, 2008, p. 36).

¹²⁵ Vd. ponto 15 do preâmbulo da COM(2011) 121 final, “os contribuintes devem ser autorizados a efectuar indefinidamente o reporte das perdas para os exercícios posteriores, mas não anteriores. Dado que o reporte das perdas para exercícios posteriores se destina a garantir que a tributação do contribuinte incida sobre os seus rendimentos efectivos, o estabelecimento de um prazo não se justifica. O reporte de perdas em relação a exercícios anteriores é relativamente raro na prática dos Estados-Membros e excessivamente complexo”.

¹²⁶ Vd. art.º 69.º da COM(2011) 121 final e art.º 21.º da COM(2016) 683 final.

¹²⁷ De facto, quando um grupo cessa, “it can no longer be treated as one single entity” (vd. Commission, 2007, p. 27).

da cessação, sendo as perdas atribuídas de forma proporcional (*i.e.*, com base nos fatores de repartição previstos – vendas, mão de obra e ativos) a cada uma das sociedades envolvidas¹²⁸.

Relativamente à possibilidade de diferenciação do rendimento para efeitos de utilização dos correspondentes prejuízos fiscais – tema já *supra* abordado¹²⁹ – a MCCCIS não estabelece qualquer restrição a este respeito. Neste sentido, não vigoram, no que a este aspeto particularmente concerne, quaisquer restrições à dedução de prejuízos, independentemente do tipo de rendimento relativamente ao qual vão surtir efeito¹³⁰.

Por fim, breve nota – dado não ser temática a aprofundar no nosso estudo – para o facto de, ao abrigo da MCCCIS, haver neutralização das transações intragrupo para efeitos fiscais. Neste sentido, para efeitos de cálculo da matéria coletável, o sistema prevê que sejam tidas em conta, apenas, as transações entre o grupo e entidades terceiras ou entidades que não apliquem a MCCCIS, descartando-se, assim, no seio do próprio grupo consolidado, a aplicação das regras dos preços de transferência¹³¹.

4. Recomendações de política fiscal com base no estudo efetuado

Ao longo do presente estudo, procedeu-se à análise de diferentes formas de adoção e trato do mecanismo de dedução de prejuízos fiscais, quer numa abordagem geral, quer numa abordagem mais particular – tendo-nos debruçado, neste último caso, sobre o RETGS adotado pela legislação portuguesa e, num segundo momento, sobre a MCCCIS. Cumpre, por isso, retirar os devidos ensinamentos do trabalho até ora elaborado e, por conseguinte, espelhar a nossa opinião mais profunda quanto a tudo o escrito até ao momento, elaborando, com base no estudo efetuado, algumas recomendações de política fiscal que entendemos pertinentes.

Por simplicidade metodológica, numa primeira abordagem, iremos focar-nos no RETGS; por sua vez, num segundo momento, o enfoque passará a ser a MCCCIS.

4.1. O RETGS

De acordo com tudo o exposto até ao momento, os prejuízos fiscais gerados no âmbito da atividade desenvolvida no seio de um grupo de sociedades são tratados, em Portugal, para efeitos fiscais, ao abrigo de um regime especial. Na verdade, ainda que mediante o operar de algumas remissões para o regime geral¹³², há a previsão de regras específicas.

Desde logo, merece destaque o regime atípico de *quarentena* ao qual ficam sujeitos os prejuízos transportados por uma sociedade no momento da sua entrada para o grupo

¹²⁸ Vd. art.ºs 53.º e 66.º da COM(2011) 121 final, art.º 52.º da COM(2016) 685 final e art.ºs 16.º e 18.º da COM(2016) 683 final.

¹²⁹ Vd. 2.2.1.

¹³⁰ “As the proposed Council Directive generally does not distinguish between gains and losses as ordinary or capital, restrictions on the set-off of losses against profits within the same tax period do not apply” (vd. Spengel & Zolkau, 2012, p. 81).

¹³¹ Para mais desenvolvimentos no tema, vd. Commission, 2007; Weber & Streek, 2017.

¹³² Previsto, conforme *supra* explicitado, no art.º 52.º do CIRC. A este respeito, vd. 2.3.

e, por conseguinte, para a aplicação do RETGS. Tal tratamento é portador de uma forte componente anti abuso e, ademais, revela-se como um afloramento notório da passagem da *Separate Entity Doctrine* para a *Enterprise Doctrine*. Ora, em nossa opinião, os prejuízos acumulados não poderiam ser alvo de tratamento distinto, posto que, para além de o regime em vigor evitar a frívola *compra e venda* de prejuízos fiscais, espelha, de forma fiel, a realidade empresarial, porquanto os prejuízos incorridos antes de a sociedade se juntar ao grupo não se consubstanciam, verdadeiramente, em prejuízos gerados pelo grupo (entendido enquanto entidade autónoma, de acordo com a *Enterprise Doctrine*), dado o seu nascimento na esfera individual da empresa ainda ao abrigo da *Separate Entity Doctrine*. Aliás, será de notar a até benevolência do legislador português ao consagrar a possibilidade de dedução até 70% do lucro tributável do grupo (ainda que até à concorrência do lucro tributável correspondente à sociedade que neles incorreu originariamente) e não, apenas, até 70% do lucro tributável da sociedade a que respeitam – no fundo, o legislador permite uma dedução até 100% do lucro tributável respetivo à sociedade portadora dos prejuízos (desde que este corresponda, no máximo, a 70% do lucro consolidado do grupo), aprofundando, assim, as regras do regime geral, cujo teto de dedução é estabelecido nos 70% do lucro tributável da sociedade que neles incorreu. Desta forma, e por tudo quanto se expôs, não concebemos críticas a apontar a esta particularidade do sistema – preferencialmente acolhido pela experiência internacional¹³³ – reconhecendo-lhe, até, alguma abertura excecional.

Contudo, relativamente aos prejuízos gerados no seio do grupo, temos algumas apreciações a fazer face ao prazo de reporte para a frente. Efetivamente, ainda que os motivos apontados para o seu estabelecimento se apresentem, a nosso ver, como fundamentamente válidos (sobretudo, o facto de empresas que apresentem prejuízos durante um largo período de tempo não deverem, sob o ponto de vista estritamente empresarial, manter-se em funcionamento), a forte limitação que comportam à realidade corporativa deve prevalecer como fator dissuasivo da sua adoção. Destarte, somos da opinião de qual tal prazo, a existir, deva ser liminarmente alargado. Efetivamente, ainda que o tecido empresarial português seja maioritariamente composto por PME (o que significa a aplicação de um prazo de reporte de 12 anos), esta particular qualificação, ainda que individual, deverá ser aferida em função dos valores relevantes das várias empresas que compõem o grupo¹³⁴, o que significa que uma empresa qualificada como PME antes de integrar um grupo empresarial pode, a partir desse momento, deixar de o ser, afastando-se a possibilidade de aplicação do prazo de reporte de 12 períodos de tributação.

Por sua vez, relativamente à não adoção do mecanismo de reporte para trás, compreendemos, sem dificuldade de maior, a sua não consagração. De facto, ainda que a forte componente de incentivo ao tecido empresarial em épocas recessivas seja inegável, os inconvenientes que comporta (*i.e.*, abertura de declarações de exercício anteriores e reembolso, por parte do Estado, de receita já cobrada) devem, a nosso ver, prevalecer.

¹³³ “In respect of the treatment of pre-consolidation losses of a joining subsidiary, the quarantine policy is not only the most common but also the preferred option on policy grounds” (vd. Ting, 2013, p. 290).

¹³⁴ Vd. artigo 3.º do Anexo ao Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de novembro.

Na verdade, a grande censura que apomos ao RETGS tem que ver com a extinção liminar da quota-parte dos prejuízos gerados por uma sociedade do grupo aquando da sua saída, os quais fazem parte do espólio de prejuízos do grupo ainda não utilizados¹³⁵. Efetivamente, ainda que se concebam motivos para que tais prejuízos não sejam atribuídos à sociedade de saída – porquanto se evita, desta forma, a *compra e venda* de prejuízos fiscais –, não partilhamos da opinião do legislador ao preferir pela sua extinção. Efetivamente, somos da opinião de que tais prejuízos, ainda que não acompanhando, de forma proporcional, a sociedade de saída, deveriam, no mínimo, ser mantidos no seio do grupo, porquanto toda a organização contribuiu para a sua formação¹³⁶.

Ora, o mesmo raciocínio será de aplicar aos prejuízos que se mantenham no momento da cessação do regime. De facto, somos da opinião de que a sua extinção abrupta se revela uma medida demasiado rígida, devendo, por sua vez, haver repartição entre as diversas sociedades do grupo que para eles contribuíram.

Contudo, cremos que, no cômputo geral, o RETGS é um regime extremamente benéfico aos grupos de sociedades, porquanto desenhado com esse propósito, não consubstanciando uma mera adaptação do regime geral¹³⁷. Aliás, a permissão da possibilidade de manutenção dos prejuízos anteriores do grupo em situações de reorganizações empresariais¹³⁸ ou de alteração da sociedade dominante¹³⁹ são o espelho disso mesmo, isto é, da vontade que o legislador português tem de conciliar o evitar de práticas abusivas com a não despendida necessidade de tributação pelo lucro real, acompanhada do tão apregoado princípio da neutralidade.

4.2. A MCCCIS

Ora, relativamente à MCCCIS, importa, desde logo, atribuir um válido reconhecimento à iniciativa. De facto, a harmonização da tributação dos grupos de sociedades a nível da UE revela-se de imperiosa relevância, posto que grande parte das jurisdições não permite a compensação transfronteiriça das perdas, um dos fatores que as referidas propostas de Diretiva pretendem acolher¹⁴⁰.

Todavia, a nosso ver, um dos fatores que pode continuar a evitar o seu acolhimento, unânime pelos vários EM tem que ver com o prazo ilimitado de reporte para a frente. De facto, ainda que tal regime seja de apregoar – conforme, aliás, opinião já manifestada por nós – a sua pouca aplicação entre os diversos EM pode entrar em claro conflito com os objetivos da Comissão Europeia. Na verdade, tal regime comporta uma mudança severa nas legislações dos vários EM e, ainda, uma perda de receita estimada que, de outra forma, não teria lugar. Neste sentido, somos da opinião de que as Diretivas propostas deveriam adotar, inicialmente, um prazo de reporte alargado (que resulte do encontro

¹³⁵ Vd. alínea d) do n.º 1 do art.º 71.º do CIRC.

¹³⁶ Tendo em conta, especialmente, que o fator “grupo” pode ter, em menor ou maior medida, influência nos diferentes resultados individuais das empresas que o integram (por exemplo, através da imagem, pela consolidação da posição de mercado ou, até, pelas decisões de gestão tomadas pela sociedade dominante).

¹³⁷ Pese embora, conforme já referido, para ele faça remissões.

¹³⁸ Vd. n.º 2 do art.º 71.º do CIRC.

¹³⁹ Vd. n.ºs 3 a 5 do art.º 71.º do CIRC.

¹⁴⁰ Para mais desenvolvimentos no tema, vd. Weber & Streek, 2017.

de vontades entre as legislações dos vários EM), partindo, num segundo momento, para a retirada de tal fator de caducidade.

Por sua vez, no que diz respeito à não previsão de qualquer reporte para trás, uma vez mais, manifestamos a nossa aquiescência. De facto, dado que a maior parte dos EM não o permite, uma eventual autorização neste sentido seria reveladora de demasiada interferência na soberania e nas Finanças Públicas dos vários EM, dados os custos administrativos associados ao *carryback*, bem como a necessidade de reembolso aos sujeitos passivos, fatores que, em última análise, e não descurando tudo o exposto, admitimos que prevaleçam face ao fomento da propensão ao risco e à assunção de uma parceria mais profunda entre o Estado e as empresas.

Por fim, afigura-se elementar referir o tratamento dado aos prejuízos aquando da saída de uma sociedade do grupo e, ainda, perante a cessação do regime. No primeiro caso, ainda que a sociedade, no momento de saída, não se veja acompanhada da quota-parte dos prejuízos para os quais contribuiu, estes manter-se-ão no seio do grupo, solução que, a nosso ver, manifesta um compromisso entre a necessidade de evitar a *compra e venda* de prejuízos fiscais e a tributação pelo lucro real. No segundo caso (*i.e.*, cessação da aplicação do regime), a repartição dos prejuízos existentes, de forma proporcional, entre as diversas sociedades que para eles contribuíram é, a nossa ver, uma solução plenamente justa e equitativa. Aliás, é neste campo – a par do reporte ilimitado, já referido em momento próprio – que se firmam mais destrinças entre a MCCCIS e o RETGS¹⁴¹ e, conforme já exposto, somos da opinião que, neste âmbito, a MCCCIS, conforme desenhada, é mais respeitadora da vivência corporativa e da necessidade de tributação das empresas pelo lucro real, vincando o respeito pelo princípio da neutralidade.

Conclusões

Face à curta margem de discurso que nos resta, bem como às já elaboradas recomendações que, no que cremos, espelham de forma fundamentada a nossa opinião, importa, agora, concluir o nosso estudo de forma breve e precisa.

Ora, ao longo da presente Dissertação, deixámos transparecer o nosso mais íntimo juízo no que ao mecanismo da dedução de prejuízos fiscais diz respeito. Como bem resulta do exposto, perfilhamos a opinião de que o mecanismo deve ser adotado por todos os Estados, porquanto espelha, de forma inequívoca, a aceitação da realidade empresarial, compreendendo e adotando a volatilidade da vida das empresas como base subjacente aos contornos da lei fiscal.

Pese embora alguns reparos que entendemos dever serem feitos à legislação portuguesa, reconhecemos que, regra geral, o regime adotado pelo legislador português para tributar os grupos de sociedades se encontra na linha da frente do que seria exigível, tentando, na medida do possível e do poderio orçamental de que dispomos, coadunar a necessidade de obter receita com a compreensão do dinamismo corporativo. Deixamos, contudo, algumas sugestões de ponderação legislativa, tendo por base a experiência

¹⁴¹ Vd. Rodrigues & Sarmiento, 2018.

comparada e aquele que cremos – pelo menos, de forma abstrata – ser o regime que mais incorpora a factualidade que lhe é subjacente.

Para além disso, tomamos tempo para apreciar o trabalho elaborado por Bruxelas, tendo em linha de consideração as propostas da UE em matéria de tributação de grupos de sociedades, através da elaboração de várias propostas de MCCCIS. Ora, não tendo sido objeto do nosso estudo analisar a fórmula de repartição da matéria coletável entre os diferentes EM – que, aliás, cremos ser a grande fonte de discórdia no seio da Comunidade Europeia – consideramos que o regime de dedução de prejuízos fiscais proposto é de louvar e que, no que diz respeito à tributação dos grupos internacionais, se revela digno do mais amplo destaque, que esperamos ver-lhe atribuído num futuro próximo.

Em suma, será com expectativa que aguardamos novos desenvolvimentos na temática, quer no que diz respeito à evolução da legislação interna ao sabor de melhores ventos orçamentais, quer relativamente ao retomar – que esperamos para breve – das discussões sobre a MCCCIS no seio da UE, alcançando a tributação dos grupos de sociedades em plena harmonia com o princípio de tributação pelo lucro real.

Referências bibliográficas

- ANTUNES, J.E. (1993). *Os grupos de sociedades – Estrutura e organização jurídica da empresa plurisocietária*. Coimbra: Almedina.
- AUERBACH, A.J. (1983). The dynamic effects of tax law asymmetries. *NBER Working Paper Series*, Working Paper n.º 1152.
- AULT, H.J. & ARNOLD, B.J. (2010). *Comparative income taxation: A structural analysis*. Holanda: Kluwer Law International.
- AVI-YONAH, R. ET AL. (2011). *Global perspectives on income taxations law*. Oxford: Oxford University Press.
- CANADIAN DEPARTMENT OF FINANCE (2010). *The taxation of corporate groups*. Consultation Paper. Retirado de <http://docplayer.net/18925746-The-taxation-of-corporate-groups-consultation-paper.html>.
- CORREIA, M. (2013). *Taxation of corporate groups*. Holanda: Kluwer Law International.
- DIAS, A. (2016). *Imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas (manual do IRC)*. Lisboa: Autoridade Tributária e Aduaneira.
- EUROPEAN COMMISSION (2006). *Common Consolidated Corporate Tax Base Working Group (CCCTB WG) – Issues related to group taxation*. Working Document. Retirado de https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/docs/body/ccctbwp035_consolidationfinal_en.pdf.
- EUROPEAN COMMISSION (2007). *Common Consolidated Corporate Tax Base Working Group (CCCTB WG) – CCCTB: Possible elements of a technical outline*. Working Paper. Retirado de https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/docs/body/ccctbwp057_en.pdf.
- MENDES, A.R. (2016). *O IRC e as reorganizações empresariais*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- MORAIS, R.D. (2009). *Apontamentos ao imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas*. Coimbra: Almedina.
- MOUCHO, J.R. (2015). *Tax design – O exemplo dos mecanismos de tratamento dos prejuízos fiscais no comportamento do sujeito passivo*. Tese desenvolvida no âmbito do mestrado em Direito Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto.
- NABAIS, J.C. (2014). *Direito fiscal*, 7.^a Edição. Coimbra: Almedina.
- NUSSIM, J. & TABBACH, A. (2014). Tax-loss mechanisms. *University of Chicago Law Review*, vol. 81, n.º 4.
- OECD (2011). *Corporate loss utilisation through aggressive tax planning*. Paris: OECD Publishing.
- RODRIGUES, A.S. & SARMENTO, J.M. (2018). *Uma análise comparada entre o MCCCIS e o RETGS*. Retirado de <http://julgar.pt/uma-analise-comparada-entre-o-mcccis-e-o-retgs/>.
- SÁ, N.F.R. (2014). *A tributação dos grupos de sociedade na mais recente reforma do IRC*. Tese desenvolvida no âmbito do mestrado em Direito Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto.
- SCHÖN, W. et al. (2008). *A common consolidated corporate tax base for Europe*. Alemanha: Springer Gable.
- SPENGLER, C. & WENDT, C. (2007). A common consolidated corporate tax base for multinational companies in the European Union: Some issues and options. *Oxford University Centre for Business Taxation Working Papers*, n.º 0717.

SPENGLER, C. & ZÖLLKAU, Y. (2012). *Common corporate tax base (CC(C)TB) and determination of taxable income – An international comparison*. Alemanha: Springer Gable.

TAVARES, T.C. (2011). *IRC e contabilidade: da realização ao justo valor*. Coimbra: Almedina.

TEIXEIRA, G. (2016). *Manual de direito fiscal*, 4.^a Edição. Coimbra: Almedina.

TING, A. (2013). *The taxation of corporate groups under consolidation – An international comparison*. Cambridge: Cambridge University Press.

WEBER, D. & STREEK, J.V. (2017). *The EU common consolidated corporate tax base – Critical analysis*. Holanda: Kluwer Law International.

WENDT, C. (2009). *A common tax base for multinational enterprises in the European Union*. Alemanha: Springer Gable.

WILMAN, B. (2000). Equalizing the income tax burden in a group of companies. *Intertax*, vol. 28, n.º 10.

**Considerações jurídicas em torno dos crimes
de pirataria e de terrorismo**

Sara Gonçalves Lúpi Marques Mogo

Sob a orientação do
Dr. Nuno Pinheiro Torres

Agradecimentos

Aos meus pais pela compreensão, incentivo, princípios inculcados e acima de tudo, amor incondicional. Dos seus ensinamentos retenho que a vida consiste numa incessante aprendizagem de conhecimentos e valores partilhados com os que nos são mais queridos. Ao possibilitarem este desejado passo na construção do meu percurso académico e, acima de tudo, acreditando que eu estaria à altura do desafio.

Aos meus irmãos Rita e Miguel pelas palavras amigas e motivadoras, mostrando-me que as conquistas pessoais apenas têm significado se tivermos alguém com quem as celebrar.

Ao Vasco pelo carinho e dedicação, e por ser o meu companheiro de todas as horas.

Ao meu orientador Nuno Pinheiro Torres pela disponibilidade, amizade e apoio. Pelas suas aulas de Direito Internacional Criminal que prenderam o meu interesse. Pela partilha de conhecimento, exigência e rigor, sem a qual esta dissertação não seria possível.

Resumo

Esta dissertação pretende analisar os crimes de pirataria marítima e terrorismo através de várias abordagens: análise dos conceitos e dos elementos que os constituem; o seu estatuto no sistema legal internacional e as formas e motivações inerentes à interação entre piratas e terroristas. Enquanto fenómenos de criminalidade internacional organizada, consistem em graves ameaças à vida em sociedade e aos valores em que a mesma se baseia. Várias dissertações, artigos e legislação foram consultados para averiguar se o sistema legal atual confere proteção suficiente aos bens jurídicos que estes crimes colocam em risco e para perceber as opiniões da comunidade científica no sentido de ultrapassar os obstáculos e lacunas existentes. Adicionalmente, foi consultada a legislação portuguesa, em particular o Código Penal Português, no qual se verificou a inexistência de uma norma incriminadora referente ao crime de pirataria marítima. Esse facto resulta na incapacidade do sistema legal português de sancionar essas condutas. Em conclusão, entendemos que o Direito Internacional Criminal vigente para estes crimes é ineficiente e incapaz de assegurar a sua prevenção e punição. Tal objetivo apenas poderá ser alcançado com o reconhecimento da pirataria marítima e do terrorismo como crimes internacionais e com a consagração do terrorismo no Estatuto de Roma para a criação do Tribunal Penal Internacional.

Palavras-chave: Pirataria marítima; terrorismo; Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar; jurisdição universal; direito internacional criminal.

Abstract

This dissertation presents the analysis of the crimes of maritime piracy and terrorism using several approaches, namely the analysis of both concepts and their intrinsic elements; their status in the international legal system; and the forms and motivations underpinning the interaction between pirates and terrorists. As international organized crime phenomena, they consist in severe threats to life in society and the values that support it. Various dissertations, articles and legislation were examined in order to ascertain whether the legal status quo provides sufficient protection to safeguard the legal assets at stake imperiled by these crimes and to disclose the scientific community's findings and recommendations to overcome the existing obstacles and shortfalls. The Portuguese legislation was also reviewed, in particular the Portuguese Criminal Code, in which we noticed the inexistence of an incriminating norm regarding maritime piracy. This consequently results in the Portuguese judicial system's incapacity to sanction the aforementioned criminal conducts. Overall, we conclude that the existing International Criminal Law regarding these crimes is both inefficient and unable to ensure their prevention and sanction, which could only be achieved through the recognition of maritime piracy and terrorism as international crimes and the latter's insertion in the Rome Statute of the International Criminal Court.

Keywords: Maritime piracy; terrorism; United Nations Convention on the Law of the Sea; universal jurisdiction; international criminal law.

Nota Prévia/Advertência

A presente dissertação foi escrita ao abrigo do Novo Acordo Ortográfico de 2009.

Assumimos total responsabilidade pelas traduções das citações em língua estrangeira. Ressalve-se, no entanto, que algumas citações foram mantidas na sua língua original de forma a não alterar o seu sentido.

Lista de Abreviaturas

Art.	Artigo
Cfr.	Confrontar
Cit.	Citada
CNUDM	Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar
CP	Código Penal Português
CS	Conselho de Segurança
ETPI	Estatuto de Roma para a Criação do Tribunal Penal Internacional
N.º	Número
Ob.	Obra
P. ou pp.	Página ou páginas
Par.	Parágrafo
Res.	Resolução
SAI	Convenção para a Supressão de Actos Ilícitos contra a Segurança da Navegação Marítima de 1988
TEL	Tribunal Especial para o Líbano
TPI	Tribunal Penal Internacional
Vd.	Vide
Vol.	Volume

Índice

1. Introdução	7
2. Pirataria	7
2.1. Enquadramento	8
2.2. Conceito legal	10
2.3. Dever de cooperação	12
2.4. Direito de perseguição	13
3. Terrorismo	14
3.1. Conceito legal	14
3.2. Terrorismo como crime internacional	17
3.2.1. Terrorismo enquanto crime de guerra	17
3.2.2. Terrorismo enquanto crime contra a humanidade	19
3.2.3. Outros crimes internacionais	20
3.3. Relação entre terrorismo e pirataria	20
4. Enquadramento legal	23
4.1. Princípio da legalidade como princípio geral de direito	24
4.2. Enquadramento legal nacional	25
4.3. Possível inserção na Lei do Combate ao Terrorismo	26
4.4. Soluções	27
5. Conclusão	28
Bibliografia	30

1. Introdução

A presente dissertação analisa os crimes de pirataria e de terrorismo, procurando apontar as suas causas e consequências e estabelecer uma ligação entre estas duas realidades. Enquanto crimes à escala global que extravasam fronteiras e Estados e importam à comunidade internacional, possuem uma indiscutível atualidade e substancial interesse prático. Deste modo, iremos expor a forma como esta criminalidade está organizada, os fatores que a originam e o regime legal sancionatório a que os agentes do crime estão sujeitos quando são trazidos perante a justiça.

Vivemos num mundo onde a criminalidade internacional é uma ameaça séria ao normal funcionamento da vida em comunidade, e em que fenómenos como a pirataria e o terrorismo se cruzam. A possível ligação entre as atividades terroristas e de pirataria, a sua atuação conjunta e os principais motivos pelos quais ambos os grupos se relacionam, são as questões que pretendemos tratar neste estudo.

Inicialmente abordaremos a pirataria e o contexto em que a mesma se desenvolve, procurando identificar os fatores que a potenciam. Examinaremos igualmente a forma como é praticada, as motivações a ela inerentes e as diversas tipificações que recebe no Direito Internacional, com especial foco na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.

Em seguida e através da análise das várias perspetivas do fenómeno do terrorismo, iremos tratar a necessidade de uma definição do mesmo (indicando os elementos essenciais a ter em conta na sua elaboração), a possibilidade da sua inserção no elenco de crimes internacionais já existentes e a sua eventual associação à pirataria.

Por último, ao analisar o ordenamento jurídico português, tentaremos compreender se existe ou não forma de punir os agentes destas condutas.

2. Pirataria

A pirataria é uma atividade ilícita praticada desde a antiguidade. Começou por se manifestar quando os piratas passaram a realizar os seus ataques nas principais rotas de comércio marítimo, visando o roubo de riqueza e o sequestro das tripulações das embarcações. Atualmente, e embora se possa pensar que ela está em declínio (ou com uma expressão reduzida), a verdade é que a pirataria subsiste. Conforme escreve Lawrence Azubuike:

If ever there is any case of changed circumstances, it is in the prevalence of piracy and it doubtful if anyone would today assert that its prevention is not of vital interest for any state or that it is not an urgent matter. Today, piracy is the most frequently occurring international incident¹.

Vivemos numa época caracterizada pela globalização do comércio e por uma maior velocidade na troca de mercadorias, que justifica a escolha do transporte por mar, sendo este vantajoso pela sua rapidez, segurança, fiabilidade e transporte de grandes mercadorias por preços diminutos. Revela-se então essencial o seu controlo e vigilância, de forma

¹ Azubuike, 2009, p. 49.

a garantir a segurança dos que nele se movimentam. Escreve Alexandre Rodrigues, relativamente ao controlo do mar:

Dantes o seu foco dirigia-se quase exclusivamente às forças de eventuais oponentes; hoje, centra-se sobretudo em espaços, num ambiente mais complexo e especialmente ambíguo, exigindo um esquema de vigilância que detete oportunamente, nas áreas sob risco, quaisquer desvios de comportamento que possam indiciar a tentativa de ações ilegais ou práticas criminosas. Podem ser basicamente de dois tipos: as que ameaçam a passagem livre e segura da navegação (terrorismo e pirataria) e as que usam o mar para fins ilícitos (tráfico de drogas, armas, pessoas e bens, emigração ilegal, poluição, etc.) (Rodrigues, 2012, p. 17).

A pirataria conduz frequentemente a alterações das rotas dos navios, de forma a que estes evitem áreas consideradas perigosas e passíveis de ataques, gerando, dessa forma, insegurança no comércio internacional². Iguamente, a contratação de equipas de segurança para proteção dos navios e o aumento dos prémios das seguradoras, originam um acréscimo dos encargos envolvidos.

A ocorrência de ataques, provoca uma disrupção para as rotas marítimas vitais afetando não apenas os Estados ribeirinhos e as suas economias, mas também todos os restantes países que com eles estabelecem relações comerciais e que não estão seguros deste fenómeno transversal³.

2.1. Enquadramento

Apesar de não ser possível criar um padrão de causas conducentes à pirataria, certo é que existem fatores comuns aos principais focos mundiais desta atividade, tais como: deficiências a nível da lei interna e consequente jurisdição aplicável; ambientes políticos permissivos; conflito e desordem; geografia favorável⁴; promessas de recompensa financeira e insuficiente vigilância de portos e fiscalização nos mares.

A estes motivos acrescem outros de ordem internacional, nomeadamente: a escassa implementação das resoluções da ONU; a fraca intenção de cumprir os Tratados e as Convenções Internacionais respeitantes a este tema e a inexistência de um Tribunal Internacional capaz de sancionar estas práticas. Estas acontecem sobretudo em zonas de fraca governação e aplicação da lei. Assim, a fragilidade de certos Estados possibilita a eclosão da pirataria, constituindo a Somália um exemplo paradigmático, ao representar um Estado falhado sem autoridade governamental, incapaz de controlar todo o seu território, e em que muitas vezes os agentes do crime nem sequer são apresentados a julgamento.

² Vd. Res. CS 1816 (2008), de 2 de junho de 2008, UN Doc. S/Res/1816.

³ Vd. Rodrigues, 2012, p. 17.

⁴ Devido à existência de áreas denominadas de “chokepoints” nas quais é mais fácil aos piratas levarem a cabo os seus ataques por se tratar de zonas estreitas onde os navios têm de navegar com mais cuidado, tornando-os assim “presas fáceis”. Contrariamente, as águas internacionais e alto mar são áreas vastas e largas onde, para além de existirem melhores condições de navegação, há um maior patrulhamento e atenção a este tipo de ataques.

Contudo, este fenómeno não predomina somente em Estados falhados. De facto, cada foco de pirataria possui especificidades que o distinguem dos outros, não se podendo criar assim um padrão aplicável a todas as áreas de risco. Com a evolução do mundo e das tecnologias, a pirataria afastou-se dos locais típicos da sua atividade, alastrando-se para áreas longe do foco internacional, nomeadamente Quênia, Tanzânia, Seychelles, Madagáscar, Camarões, Guiné Bissau, Mar Arábico e Mar Vermelho. Neste sentido, e como refere Kayo Silva, “cada foco de pirataria no mundo é fruto de uma dinâmica específica que embora guarde diversas similaridades, merece uma reflexão cuidadosa acerca das políticas e medidas a serem adotadas em cada caso”⁵.

No entanto, comum a todas as regiões, é o facto de existirem fenómenos políticos, económicos e sociais que determinam que a população escolha prosseguir estas atividades ilícitas. Ou seja, existe uma conjuntura que propicia o surgimento desta atividade. Também afirma Kayo Silva que:

[...] apesar de a pirataria se tratar de um fenómeno iminente marítimo suas origens encontram-se enraizadas em terra firme. Não se trata, portanto de um problema exclusivamente marinho, ele é fruto de dinâmicas políticas, sociais, económicas e históricas que se iniciaram em terra e desaguarão na pirataria marítima (Silva, 2015, p. 3).

A principal razão para que a pirataria seja um fenómeno intemporal, é a vantagem patrimonial que proporciona. Nas áreas onde predomina, as populações dedicam-se a atividades rudimentares como a agricultura e a pesca, as quais, por si só, não representam meios de subsistência suficientes. Conforme Janaina Figueiredo: “A falta de condições socioeconómicas gera um ambiente favorável para o desenvolvimento da pirataria”⁶.

Aliado a este fator surge também a relativa permissividade dos países que capturam estes agentes, sendo a maior parte deles marcados por sistemas judiciais sem meios para impor sanções ou sequer sem normas respeitantes a estes delitos. Subsiste, deste modo, um vazio legal que permite a impunidade destas condutas.

À semelhança de outras atividades criminosas organizadas, a pirataria aperfeiçoou a sua forma de ser nas práticas e meios utilizados. Escreve Lucas Bento: “The modern pirate also differs from his historical counterpart in that piracy has adapted to modern technical, political, economic, and social developments”⁷. Verifica-se que a conduta típica difere de região para região: no caso da Somália a pirataria visa maioritariamente o sequestro da tripulação e do navio para posterior obtenção de resgate, enquanto que no Golfo da Guiné o ataque é dirigido contra navios que transportam petróleo, sendo este mais tarde comercializado. De facto, em certas regiões, o nível de pirataria é já mais elevado havendo uma maior coordenação e organização na realização do ataque, na sua finalidade e nos meios utilizados. Assim, existem piratas ligados às milícias locais ou outras organizações ilegais, que operam roubando mercadorias de maior dimensão através de assaltos a grandes navios, e piratas com menos recursos, a larga maioria pesca-

⁵ Silva, 2015, p. 7.

⁶ Figueiredo, 2010, p. 28.

⁷ Bento, 2011, p. 107.

dores pobres e suas famílias, que elegem o crime como meio de subsistência. Conforme afirma Carolina Ferreira:

Outrora, as vítimas da pirataria eram muitas vezes pessoas de regiões costeiras que eram raptadas e pedidos resgates ou vendidas para a escravidão. Mais recentemente, as escolhas dos ataques a serem feitos dependem intimamente do tipo de navios que possuem (embarcações) e da rentabilidade exatável para aqueles que optam por resgates (piratas mais profissionalizados e com acesso a outro tipo de mercadorias) (Ferreira, 2017, p. 9).

2.2. Conceito legal

A origem do reconhecimento internacional da pirataria remonta à Convenção de Genebra sobre o Alto Mar de 1958⁸, que procurou definir pela primeira vez, aquilo que se deveria entender por pirataria⁹. Atualmente, é a Convenção de Montego Bay que prevê o crime de pirataria, dispondo da seguinte forma:

Artigo 101.^o

Definição de pirataria

Constituem pirataria quaisquer dos seguintes atos:

- a) Todo o ato ilícito de violência ou de detenção ou todo o ato de depredação cometidos, para fins privados, pela tripulação ou pelos passageiros de um navio ou de uma aeronave privados, e dirigido contra:
 - i) Um navio ou uma aeronave em alto mar ou pessoas ou bens a bordo dos mesmos;
 - ii) Um navio ou uma aeronave, pessoas ou bens em lugar não submetido à jurisdição de algum Estado;
- b) Todo o ato de participação voluntária na utilização de um navio ou de uma aeronave, quando aquele que o pratica tenha conhecimento de factos que deem a esse navio ou a essa aeronave o carácter de navio ou aeronave pirata;
- c) Toda a ação que tenha por fim incitar ou ajudar intencionalmente a cometer um dos atos enunciados na alínea a) ou b).

A pirataria consiste, pois, num ato ilícito de violência para fins privados, cometido pela tripulação ou pelos passageiros de uma aeronave ou navio privado contra outro navio ou aeronave, em alto mar ou noutro espaço fora da jurisdição de qualquer Estado. Refere Rafaela Corrêa “A essência da pirataria, segundo o Direito Internacional, é que tenha sido cometida de forma privada, objetivando ganho económico”¹⁰. Também neste sentido escreve Júlia Schmidt:

O segundo ponto a ser explorado é a ideia de fins privados que, afasta quaisquer outras intenções e hipóteses, sejam em prol de marinhas, ou em

⁸ Vd. Convenção de Genebra sobre o Alto mar, 28 de outubro de 1958.

⁹ Vd. Convenção de Genebra, art. 15.^o.

¹⁰ Corrêa, 2014, p. 9.

benefício de algum Estado; descartam-se também aqueles delitos cometidos com fins ambientais (Schmidt, 2014, p. 24)¹¹.

Resulta ainda desta definição, a exigência legal de que: o ataque seja perpetrado contra outro navio (excluindo-se os casos de motim) e que o espaço geográfico da ação típica seja o alto mar¹². Este consiste num espaço geográfico, onde nenhum Estado pode exercer pretensões de soberania, vigorando a livre navegação¹³. Caso fosse uma zona sujeita à soberania do Estado ribeirinho ou local, seria da sua inteira responsabilidade punir os praticantes dessa conduta. Afirma Fernando Gómez que o elemento relevante para a qualificação de um delito como pirataria é o lugar onde é praticada a conduta¹⁴. Com efeito, é este elemento que permite a distinção entre pirataria e assalto à mão armada contra navios, afirmando Nuno Ramos:

Assim, a grande diferença existente entre Pirataria e Assaltos à Mão Armada Contra Navios (AMACN) é o local da ação. A Pirataria Marítima ocorre no Alto Mar, contudo também o é na Zona Económica Exclusiva e na Zona Contígua, de acordo com o artigo 58.º, enquanto o AMACN é realizado dentro da jurisdição territorial de cada Estado (Ramos, 2012, p. 19).

Apesar da sua importância, o requisito do espaço geográfico consiste no principal entrave para a captura e punição dos infratores dado que, os Estados não podem atuar dentro de espaços da jurisdição de outros Estados, salvo autorização dos mesmos. Esta excessiva restrição no âmbito legal ocasiona a fuga dos piratas para zonas protegidas sob a soberania de Estados que não sancionam esta conduta, de forma a se subtraírem ao Direito Internacional e a uma punição em consequência da violação do mesmo. Escreve Alexandra von Bohm Amolly:

Se por um lado, se entende que a UNCLOS não tenha querido imiscuir-se nas opções de natureza criminal dos Estados ribeirinhos, deixando a estes a tipificação penal dos atos cometidos nas suas águas sob a sua soberania, por outro, teria sido preferível que a Convenção, atento o seu objetivo unificador, tivesse definido o conceito de pirataria, enquanto atividade ilícita ou criminosa, em termos e abstraindo do espaço marítimo em que é praticada (Amolly, 2011, p. 582).

Outra condicionante prende-se com o facto de a Convenção referir um roubo de um navio em alto mar (o que em muitos casos não se verifica), podendo este ser apenas uma ação instrumental na prossecução de um fim diverso. De igual modo, os atos preparatórios do crime de pirataria encontram-se excluídos desta Convenção. Todos estes conceitos são de difícil definição, sendo que a Convenção ao não explicitar o seu sentido,

¹¹ Também a respeito da finalidade privada da pirataria ver Ferreira, 2017, p. 8.

¹² Artigo 86.º da CNUDM.

¹³ Bem como outras liberdades enunciadas no artigo 87.º da CNUDM.

¹⁴ Gómez, 2011, p. 53.

apenas contribui para uma ambiguidade interpretativa, originando uma panóplia de entendimentos. Conforme afirma M. Bob Kao:

A uniform interpretation would resolve some of the disagreements. State interests in protecting sovereignty would be met because there would be agreement as to when universal jurisdiction can be claimed, and potential pirates would also be on notice as to the specific conditions under which they would subject themselves to universal jurisdiction, satisfying the need for non-arbitrariness and respect for the principle of legality. Thus, having a uniform definition of piracy in the realm of public international law to delimit jurisdiction is important to protect the interests of both states and suspects (Kao, 2006, p. 8).

Desta forma a CNUDM, apesar de ter sido pioneira no combate à pirataria, nomeadamente na definição da mesma, apresenta face à conjuntura atual diversas lacunas e conceitos excessivamente restritivos¹⁵.

Para auxiliar os Estados no combate à pirataria foi, em 1988, elaborada a Convenção para a Supressão de Actos Ilícitos contra a Segurança da Navegação Marítima (adiante Convenção SAI)¹⁶. De facto, podemos verificar pelo seu artigo 3.º, que o seu âmbito é muito mais amplo do que o da CNUDM, ao punir todas as condutas que atentem contra a segurança da navegação marítima e bem-estar das pessoas a bordo do navio atacado. A Convenção SAI amplia, deste modo, o leque de condutas suscetíveis de serem punidas pelo Direito Internacional (mesmo que não estejam previstas como atos de pirataria na CNUDM), sendo a sua aplicação recomendada¹⁷.

2.3. Dever de cooperação

Para melhor compreensão da forma como o crime em questão é acautelado pela CNUDM, o artigo 100.^o¹⁸ dispõe que os Estados têm a obrigação de cooperar na repressão da pirataria, quer seja no alto mar, quer noutra local fora da jurisdição de qualquer Estado¹⁹.

Uma dúvida que surge na leitura deste artigo, é se esta disposição consiste efetivamente num dever para os Estados, ou se de um direito ao seu dispor. Embora certos autores defendam que existe aqui uma consagração da pirataria como crime universal, pensamos que este artigo apenas confere uma faculdade aos Estados de usarem os meios de que dispõem para combater a pirataria. De facto, a letra da lei não menciona a jurisdição universal, nem podemos inferir que a mesma a estabeleça.

Em relação ao artigo 105.^o, escreve Gladys de Barberis que todo o Estado “pode” capturar os barcos piratas, deter as pessoas e apossar-se dos bens, sendo que os tribunais do Estado que efetuou a captura “podem” decidir as penas a impor e as medidas a tomar.

¹⁵ Schmidt, 2014, p. 34.

¹⁶ Schmidt, 2014, p. 32.

¹⁷ Res. CS 1846 (2008), de 2 de dezembro de 2008, UN Doc. S/Res/1846 Res.; CS 1851 (2008), de 16 de dezembro de 2008, UN Doc. S/Res/1851.

¹⁸ Vd. artigo 14.^o da Convenção de Genebra.

¹⁹ Vd. Res. CS 1846 (2008), de 2 de dezembro de 2008, UN Doc. S/Res/1846.

Acrescenta esta autora que o artigo que estabelece a jurisdição universal, fá-lo com uma redação em que parece não ser obrigatório para os Estados exercê-la, não obstante o dever de cooperar na repressão da pirataria previsto no seu artigo 100.^{o20}. Desta forma, afigura-se-nos paradoxal que a Convenção estabeleça um dever aos Estados de combaterem a pirataria no seu artigo 100.^o, vindo depois no seu artigo 105.^o prever uma mera faculdade de captura e julgamento dos perpetradores desse crime.

Segundo Tullio Treves:

The rule in Article 105 does not however establish the exclusive jurisdiction of the seizing state's courts. Courts of other states are not precluded from exercising jurisdiction under conditions which they establish. Thus the international rules on actions to be taken against pirates permit action, but are far from ensuring such action is effectively taken (Treves, 2009, p. 402).

De realçar igualmente o artigo 106.^o, que estabelece que quando um Estado capture um navio com suspeitas de pirataria, o mesmo responde pelos danos perante o Estado de nacionalidade do navio, sempre que essa suspeita não se revele justificada. Ou seja, os Estados devem agir com prudência, orientando-se por critérios de necessidade e proporcionalidade na captura e julgamento de piratas, o que revela que apenas se permite a ingerência na soberania de outros Estados quando existam suspeitas fundadas e razoáveis, de que certo navio ou aeronave e certos sujeitos que a bordo deste se encontrem, acabaram de cometer ou vão cometer atos típicos de pirataria.

2.4. Direito de perseguição

Segundo o artigo 111.^o da Convenção, o Estado costeiro pode perseguir determinado navio, quando haja suspeitas fundadas de que este infringiu as suas regras e regulamentos. Tal direito, é-lhe conferido por este se encontrar numa área da sua jurisdição, cessando obrigatoriamente quando o navio entra numa área sujeita à jurisdição de outro Estado, como dispõe o número 3 do referido artigo.

Este conceito parece bastante limitador dado que há uma grande probabilidade de os piratas, face aos conhecimentos que possuem, se deslocarem deliberada e estrategicamente a outros locais por forma a não serem julgados nem perseguidos. Parece-me, pois, que nestes casos deveria ser autorizado a um Estado, levar a cabo a perseguição, mesmo dentro de áreas da jurisdição de outro Estado, por forma a capturar os agentes do crime. Assim, a tutela dos bens jurídicos atentados pelas condutas de pirataria, bem como os potenciais danos das mesmas para o comércio marítimo, deveriam ser suficientes para que se permitisse um “sacrifício” da soberania dos Estados, em defesa do combate a este fenómeno.

²⁰ Barberis, 2011, p. 101.

3. Terrorismo

3.1. Conceito legal

A definição de terrorismo não se tem revelado fácil para a doutrina internacional, dada a diversidade e singularidade inerente a cada ataque²¹. Conforme referem Michael P. Scharf e Michael Newton, “Terrorism is a concept caught in a kaleidoscope of conflicting sociological, political, psychological, moral and yes, legal perspectives”²². De igual modo Pedro Vilela afirma “As razões para a dificuldade da criação de um conceito universalmente aceite do que se constitui terrorismo, dá-se na pluralidade de nações e culturas que compõem os organismos internacionais”²³.

A necessidade desta definição surge não apenas devido ao simbolismo negativo inerente às condutas terroristas, mas sobretudo porque ao definir aquilo que deve ser considerado terrorismo, estamos a delimitar até onde um Estado pode interferir nos direitos dos cidadãos para salvaguardar interesses de segurança nacional. De facto, permitir que os Estados possam punir certos cidadãos suspeitos de praticar atos terroristas, quando esses não preenchessem os requisitos suficientes para serem considerados como tal, seria uma intromissão gravosa na esfera de direitos dos cidadãos.

Apesar de não existir nenhum crime internacional de terrorismo, são diversas as Convenções que proíbem condutas suscetíveis de serem consideradas como terroristas. Conforme afirma Sébastien Jodoin:

Instead of creating a wide-ranging specific crime of terrorism, the international community has crafted a long string of particular offences. This has been accomplished through a series of specialized anti-terrorism conventions, each of which addresses specific instances of terror violence such as offences against civil aviation, hostage taking, attacks against internationally protected persons, terrorist bombings, the protection of nuclear materials, etc. (Jodoin, 2007, p. 78).

A inexistência de uma definição consensual aceite pela comunidade internacional leva a que os Estados, aquando do julgamento dos perpetradores de atos terroristas, recorram frequentemente aos normativos destas Convenções. Estes, por serem vagos e incompletos, geram problemas interpretativos. Conforme Harmer van der Wilt e Inez Braber, “A downside of – domestically – prosecuting terrorists through the existing sectoral treaties is their fragmental nature and their general, vague terms which only add to uncertainty about the confines of criminal behavior”²⁴.

Não obstante a elaboração de diversas Convenções e Resoluções do Conselho de Segurança, a definição que melhor se adequa ao terrorismo é a da Convenção Internacio-

²¹ Uma primeira definição surgiu com a Convenção para a Prevenção e Punição do Terrorismo, de 16 de novembro de 1937, cujo artigo 1.º definia terrorismo como “actos criminosos dirigidos contra um Estado e com a intenção ou com o propósito de criar um estado de terror na consciência de determinadas pessoas, ou grupo de pessoas ou no público em geral”; ver Res. CS 1556 (2004), de 30 de julho de 2004, UN Doc. S/Res/1556.

²² Scharf & Newton, 2011, p. 266.

²³ Vilela, 2014, p. 16.

²⁴ Van der Wilt & Braber, 2014, p. 18.

nal para a supressão do financiamento do Terrorismo de 9 de dezembro de 1999. Refere Aviv Cohen: “By defining which conduct the finance of which is prohibited, the Convention provides a legal definition of terrorism”²⁵. De facto, do seu artigo 2.º é possível reter que é punido quem “por quaisquer meios [...] recolher ou obter fundos com a intenção de que sejam utilizados, ou sabendo que serão utilizados” para a prática de atos destinados a causar morte ou lesão com o propósito de “intimidar uma população ou forçar um governo ou uma organização internacional a praticar ou a abster-se de praticar qualquer acto”. Ora, conforme refere Aviv Cohen, esta definição contempla o *actus reus* de um ato terrorista que é o de causar um dano físico, sendo os alvos cidadãos ou pessoas que não participam diretamente nas hostilidades. Acrescenta o autor, que nesta disposição também encontramos o “special *mens rea*” destes atos – o objetivo de alcançar uma mudança de políticas ou intimidar uma população – elemento esse que distingue o ato terrorista de uma “mere criminal conduct”²⁶.

Ao contemplar os elementos essenciais para a definição de determinadas condutas como atos terroristas²⁷, alguma doutrina acredita que a Convenção fornece um conceito apto para a criminalização de tais atos, incentivando os Estados a guiarem-se por ela, aquando da inserção do crime de terrorismo nos seus ordenamentos jurídicos internos²⁸.

Realçam, ainda, Keiran Hardy e George Williams que a importância de definir atos de terrorismo nas legislações nacionais deriva, não apenas da necessidade de tipificar certas condutas como condutas criminais, mas também de delimitar o escopo de uma estratégia intergovernamental efetiva de combate à ameaça do terrorismo internacional²⁹. Segundo estes autores, diferenças substanciais e inconsistência nas definições legais nacionais, podem minar os esforços para prevenir e punir os ataques terroristas que transcendem fronteiras nacionais: de facto, se um ataque num Estado cabe na definição de terrorismo e noutro não, isto dificulta a cooperação entre ambos³⁰.

No entanto, e apesar da falta de consenso na procura por uma definição de terrorismo, somos da opinião que certos requisitos são imperativos na mesma. Em primeiro lugar, os atos terroristas têm carácter transnacional³¹, o que significa que vão além-fronteiras, não se limitando ao território de um só Estado³². Em segundo lugar, consistem em comportamentos com uma componente ideológica ou política associada, cujo objetivo primordial é coagir determinada instituição a adotar ou não determinados comportamentos. Refere Antonio Cassese:

²⁵ Cohen, 2012, p. 233.

²⁶ Vd. Cohen, 2012, p. 234.

²⁷ Vd. Interlocutory Decision on The Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative charging, Case No. STL-11-01/1/AC/R176bis, de 16 de fevereiro de 2011, par. 89.

²⁸ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, in *Human Rights, Terrorism and Counter-terrorism, Fact Sheet no. 32*, retirado de <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/Fact-sheet32EN.pdf>.

²⁹ Hardy and Williams, 2011, p. 108.

³⁰ *Idem, ibidem*, pp. 107 e 109.

³¹ Interlocutory Decision on the Applicable Law..., par. 90.

³² A conduta não deve estar reduzida ao território de um só Estado, sem elementos de ligação ao estrangeiro, caso contrário, os perpetradores deste crime seriam julgados à luz do sistema criminal doméstico do Estado em causa.

However, close scrutiny and legal logic demonstrate that in fact the primary goal of terrorists is always that of coercing a public (or private) institution to take certain course of action or to spread deep fear or anxiety in the population. The destabilization of the political structure of a state is a means of making the incumbent government take a certain course of action (Cassese & Gaeta, 2013, p. 150).

Estes implicam também uma despersonalização da vítima, dado que não se dirige primariamente a indivíduos concretos, intimidando a população, e têm como efeito último coagir o Estado ao qual as vítimas do ataque pertencem. Afirma José Barata que “O perpetrador do acto terrorista não visa o indivíduo A, B ou C, mas um conjunto de indivíduos como representantes de determinada autoridade ou organização e como representativos de determinada nacionalidade, etnia, religião, etc.”³³. A população civil é, pois, um meio para atingir um fim.

Um dos entraves à definição de terrorismo é a questão de saber se algumas das ações dos movimentos de libertação nacional³⁴ podem ser consideradas como atos terroristas e punidos segundo as Convenções que os regulam. Ou seja, trata-se de saber se as atuações destes movimentos consubstanciam atos terroristas ou se devem ser considerados legítimos. Afirma Jacob Dolinger:

O principal motivo para a falta de consenso sobre a definição [...] provém da objeção formulada no sentido de que povos que se encontram sob ocupação estrangeira têm o direito de resistir, e uma definição de terrorismo não deverá afetar este direito (Dolinger, 2007, p. 80).

Afigura-se-nos importante fazer referência ao Tribunal Especial para o Líbano (adiante TEL), tribunal internacionalizado criado por uma Resolução do Conselho de Segurança, o qual prevê na sua competência o julgamento do crime de terrorismo. Com efeito, o mesmo considera que existe já uma definição internacional de terrorismo proveniente dos instrumentais internacionais vigentes³⁵. E entende verificar-se uma prática jurisprudencial concordante, no sentido em que os tribunais de vários países demonstram já nas suas decisões opiniões concordantes acerca do terrorismo, significando com tal que os Estados não estão apenas a aplicar um conceito de terrorismo conforme o seu direito interno, mas sim um conceito verdadeiramente aceite e implementado internacionalmente³⁶.

³³ Barata, 2014, p. 4.

³⁴ Estes consistem em movimentos de defesa pelo direito à autodeterminação contra um Governo opressivo, representando não apenas o território que controlam, mas sim todos aqueles cujo direito se encontra afetado ou negado.

³⁵ Interlocutory Decision on the Applicable Law..., par. 85.

³⁶ Interlocutory Decision on the Applicable Law..., par. 100. Contudo, importa referir que apesar do TEL contemplar o crime de terrorismo, este não prevê a aplicação da lei internacional, mas sim da lei libanesa, aquando do julgamento dos agentes do crime.

3.2. Terrorismo como crime internacional

Apesar das múltiplas convenções sobre o terrorismo e da crescente consciencialização da sua gravidade, o mesmo não é um crime internacional. De facto, o Estatuto de Roma que estabelece o Tribunal Penal Internacional (adiante ETPI) não contempla qualquer disposição referente ao crime de terrorismo, sendo que até à data, e mesmo após a Conferência de Revisão do ETPI em Kampala, nenhum progresso foi feito nesse sentido. Aquando da criação do TPI foram invocados alguns argumentos para a exclusão do terrorismo do ETPI, tais como: a inexistência de uma definição universal de atos terroristas (impedindo que o próprio Estatuto pudesse fornecer uma definição globalmente aceite e aplicável); o facto de o Estatuto prever apenas “core crimes”, não devendo o TPI ser sobrecarregado com crimes de menor gravidade (como o terrorismo); a preocupação de nem todos os Estados aderirem ao ETPI caso o mesmo integrasse o crime de terrorismo e ainda, a necessidade ou não, da sua tipificação no Estatuto, dado que existiam outros instrumentos legais que o previam³⁷.

Creemos que nenhum destes argumentos consubstancia uma justificação plausível para a exclusão do terrorismo do ETPI. Com efeito, não restam dúvidas que o terrorismo é um crime hediondo, sendo impreterível a sua criminalização³⁸. Expressa a este propósito Aviv Cohen:

However, examining the way in which the international community as a whole and states individually have addressed terrorism can lead to the conclusion that nowadays terrorists are *hostis humani generis* as war criminals or perpetrators of genocide or crimes against humanity (Cohen, 2012, p. 224).

Cumpra agora examinar as formas pelas quais o terrorismo poderia ser contemplado pelo ETPI. A primeira seria a elaboração de um artigo novo, cujo texto legal definiria as condutas proibidas e respetiva punição. Tal opção seria perigosa dado que implicaria definir o crime de terrorismo, colocando-se a dúvida se esta deveria fazer referência às Convenções de terrorismo já existentes³⁹.

A segunda opção seria integrar o terrorismo num dos restantes crimes internacionais⁴⁰, isto é, verificar se ele se coadunaria com os requisitos exigidos nos crimes de guerra, nos crimes contra a Humanidade e no crime de agressão.

Vejamos, então, no elenco legal existente no EPTI, qual o crime que melhor garante a tutela do terrorismo a nível internacional.

3.2.1. Terrorismo enquanto crime de guerra

O terrorismo enquanto crime de guerra pressupõe a existência de um comportamento violador de regras de Direito Internacional Humanitário, nomeadamente quando represente uma violação grave às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, con-

³⁷ Vd. Cohen, 2012, P. 227.

³⁸ Cfr. Van der Wilt & Braber, 2014, p. 13.

³⁹ *Idem, ibidem*, p. 238.

⁴⁰ *Idem, ibidem*, p. 238.

forme o artigo 8.º do ETPI. Desse modo, um ataque cuja finalidade seja disseminar o terror numa população civil ou numa estrutura política, nunca poderá ser conforme as leis e costumes de guerra⁴¹.

A inexistência de uma definição de atos terroristas impede uma eficaz criminalização dado que, sem se saber no que os mesmos consistem, torna-se complexa a sua punição ao abrigo das disposições de Direito Internacional Humanitário⁴². Contudo, afirmam Harmer van der Wilt e Inez Braber, a propósito da consideração do terrorismo como crime de guerra:

Whereas terrorism is not explicitly mentioned in the Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, the Appeals Chamber for the ICTY has concluded in Galić that terrorization of the civilian population, committed during an armed conflict, has crystalized into a war crime under customary international law (Van der Wilt & Braber, 2014, p. 5).

A classificação de terrorismo como crime de guerra, pressupõe o contexto de um conflito armado⁴³. Conforme refere Pedro Vilela, “De início, destaque-se ser impossível a aplicação de legislação de crime de guerra em tempos de paz, haja visto que as legislações de crimes de guerra aplicam-se somente a situações de conflito bélico declarado”⁴⁴. Neste são atacados civis e outras pessoas protegidas violando-se assim regras de Direito Internacional Humanitário⁴⁵, com o intuito de difundir o terror entre a população⁴⁶. Igualmente, José Barata declara: “esta proibição aplica-se apenas no contexto de conflito armado, protegendo principalmente aquelas pessoas que não participam no conflito (*maxime* os civis) ou que, tendo participado, encontram-se *hors de combat*”⁴⁷. Aqui, o *actus reus* encontra correspondência com as definições generalizadas de terrorismo, integrando a intenção especial de causar medo ou intimidar a população civil⁴⁸.

Enquanto crime de guerra, o objetivo primordial não consiste em levar uma autoridade a adotar ou não adotar uma determinada conduta, mas sim em aterrorizar o inimigo. Para integrar o terrorismo na conceção de crime de guerra, Antonio Cassese propõe que a conduta proibida deve consistir em qualquer ação violenta ou ameaça de ação, contra uma população civil, ou contra qualquer outra pessoa que não esteja diretamente envolvida nas hostilidades. Defende ainda que ligada à conduta criminosa, se encontra um elemento subjetivo (*mens rea*), segundo o qual os atos terroristas num conflito armado são atos cuja intenção é a de espalhar o terror entre a população civil ou outras pessoas protegidas⁴⁹ (desvanecendo-se, assim, o objetivo de coagir uma autori-

⁴¹ Vd. Van der Wilt & Braber, 2014, p. 14.

⁴² Cfr. Jodoin, 2007, p. 80.

⁴³ Prosecutor v. Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, Case No. IT-94-1-AR72, par. 72. Ver ainda Cohen, 2012, p. 246.

⁴⁴ Vilela, 2014, p. 23.

⁴⁵ Nomeadamente, o artigo 3.º comum às Convenções de Genebra de 1949 e artigo 2.º do Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 1949 e 1977.

⁴⁶ Vd. Artigo 33.º, n.º 1 da IV Convenção de Genebra.

⁴⁷ Barata, 2014, p. 22.

⁴⁸ Scharf & Newton, 2011, p. 268.

⁴⁹ Cassese & Gaeta, 2013, pp. 155 e 156.

dade a praticar ou não determinada ação). Deste modo, o terrorismo integra um crime de guerra ao serem praticados atos para atemorizar uma população civil⁵⁰, no contexto de um conflito armado, sabendo de antemão o perpetrador, que com a sua conduta vai prejudicar o inimigo e contribuir para o esforço de guerra.

3.2.2. Terrorismo enquanto crime contra a humanidade

Tem sido equacionada a possibilidade de integrar o terrorismo nos crimes contra a humanidade, isto é, o terrorismo estaria inserido no artigo 7.º, número 1, do ETPI, caso preenchesse os requisitos legais exigidos. Nomeadamente, caso fosse parte de um ataque generalizado ou sistemático contra civis⁵¹, integrasse alguma das condutas descritas no artigo (como homicídio, extermínio, tortura, violação, entre outras) e houvesse conhecimento desse ataque⁵². Ao contrário do que ocorre com os crimes de guerra, verificamos que, para que o terrorismo se enquadre nesta definição, não seria determinante que as condutas fossem praticadas em tempo de paz ou de guerra⁵³.

Outro argumento seria o de, na generalidade dos casos, as condutas terroristas coincidirem com os comportamentos elencados nas alíneas a) a k) do artigo 7.º n.º 1 do EPTI. Conforme Michael P. Scharf e Michael A. Newton: “there is no need to list terrorism as a separate crime against humanity; rather, the specific act is already covered in the crimes against humanity of murder, persecution, or other identifiable crime”⁵⁴.

Igualmente, encontra-se preenchido o requisito do ataque ser dirigido contra uma população civil⁵⁵, dado que os ataques terroristas se destinam neste caso aos cidadãos, tendo o agressor conhecimento de estar a contribuir para um ataque generalizado e sistemático à mesma.

Contudo, existem dois requisitos da definição legal difíceis de provar no caso do terrorismo⁵⁶, nomeadamente o requisito do ataque ser generalizado e sistemático a uma população e do mesmo ser cometido de acordo com a política de um Estado ou de uma organização⁵⁷. Quanto ao primeiro, defende Aviv Cohen: “While single terrorist acts are usually the expression of a larger radical campaign, the question arises as to the nature of the required linkage between a single attack and that larger plan”⁵⁸. Embora possa ser difícil estabelecer este elo de ligação, certo é, que na maioria dos casos os ataques são efetuados dentro de uma organização terrorista coordenados com outros, que os precedam ou antecedam, conforme afirma Aviv Cohen “The preferable way will be to argue [...] that attacks of several different spheres of interests do not exclude each of them as constituting a widespread or systematic attack in itself”⁵⁹.

⁵⁰ Cfr. Barata, 2014, p. 24.

⁵¹ Vd. Ac. *Blaskic*, Case no. IT-95-14-T, de 3 de março de 2000, par. 206, e Ac. *Tadic*, Case no. IT-94-1, de 7 de maio de 1997, par. 648.

⁵² Vd. Ac. *Blaskic*, Case no. IT-95-14-T, pars. 247 e 251.

⁵³ Vd. Cohen, 2012, p. 243.

⁵⁴ Scharf & Newton, 2011, p. 275.

⁵⁵ Vd. Ac. *Tadic*, Case no. IT-94-1, pars. 638 e 644.

⁵⁶ Cfr. Cohen, 2012, p. 245.

⁵⁷ Vd. Ac. *Tadic*, Case no. IT-94-1, par. 653.

⁵⁸ Cohen, 2012, p. 243.

⁵⁹ *Idem, ibidem*, p. 244.

Em relação ao segundo requisito referente ao nível organizacional exigido no artigo 7.º do EPTI, é de realçar que uma conduta terrorista não pode ser cometida por um Estado, logo, apenas o requisito da política organizacional pode ser aplicável no caso do terrorismo. Com efeito, o caso Bemba, explicita a respeito deste requisito:

The requirement of a “State or organizational policy” implies that the attack follows a regular pattern. Such a policy may be made by groups or persons who govern a specific territory or by an organization with the capability to commit a widespread or systematic attack against a civilian population⁶⁰.

O terrorismo inserido no conceito de crimes contra a Humanidade consiste, segundo Antonio Cassese, numa forma agravada do crime autónomo de terrorismo⁶¹. Conforme este autor, pela gravidade e impacto das condutas, o terrorismo não pode ser encarado como um mero crime contra a Humanidade. Deste modo, e apesar de encontrar correspondência em alguns requisitos dos crimes contra a Humanidade, este deve ser considerado uma forma agravada dos mesmos, por violar seriamente bens jurídicos cruciais à sociedade.

3.2.3. Outros crimes internacionais

Relativamente aos crimes de agressão e de genocídio somos da opinião que não é possível a sua interpretação no sentido de incluir condutas terroristas. O crime de agressão⁶² exige um ato de agressão por parte de um Estado. Ora, encontra-se aqui o primeiro elemento que obsta à inclusão do terrorismo neste artigo: o facto do ato ser praticado por um Estado⁶³. Com efeito, as organizações terroristas constituem entidades independentes sem ligação a qualquer Estado e atuando segundo prerrogativas próprias.

No que diz respeito ao crime de genocídio, a exigência de o agente com a sua conduta pretender destruir um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, conforme expresso no artigo 6.º do ETPI (*dolus specialis*), constitui um entrave à inserção do terrorismo neste preceito. Ainda que um ato terrorista seja dirigido contra determinado grupo ou conjunto de pessoas unidas por características comuns, o seu objetivo último nunca será o da destruição desse grupo⁶⁴.

3.3. Relação entre terrorismo e pirataria

Analisemos agora a possibilidade do crime de terrorismo e do crime de pirataria se interrelacionarem. Embora numa primeira aproximação eles pareçam distintos, a verdade é que no mundo globalizado em que vivemos, não parece assim tão incongruente a ligação entre estas formas de criminalidade. Como refere Armando Marques Guedes:

⁶⁰ Ac. Bemba, Case no. ICC-01/05-01/08, 15 de junho de 2009, par. 81.

⁶¹ Cassese & Gaeta, 2013, p. 177.

⁶² Vd. Artigo 8.º-bis do ETPI.

⁶³ Martinez *apud* Cohen, 2012, p. 249: “The reference to acts of states excludes individual members of non-state terrorist organizations from the scope of jurisdiction and, thus, effectively leaves out the majority of terrorist acts”.

⁶⁴ Vd. Cohen, 2012, p. 241.

As ameaças não provêm só de agrupamentos terroristas islâmicos; não vêm apenas de grupos que, em nome de uma religião espalhada um pouco por toda uma faixa que separa o Norte do Sul do planeta, tentam avançar agendas políticas globais. Há obviamente outros focos de perigo, num Mundo a que a globalização reduziu a escala e no qual diminuiu as distâncias (Guedes, 2004, p. 171).

O aumento do fluxo nas comunicações, nos transportes, nos movimentos financeiros e nas pessoas, potencia crescentes interações globais, reduzindo as distâncias entre países. Desta forma, basta um grupo desenvolver uma atividade durante algum tempo, que acaba por desenvolver ligações internacionais. Escreve Javier Vázquez “Um indicador importante é o facto de que algumas das principais zonas de pirataria atuais se encontrem em áreas com grandes populações muçulmanas, como por exemplo, a Somália, a Indonésia, a Malásia e as Filipinas, o que proporciona uma excelente máscara para grupos com ideologias políticas que possam facilmente misturar-se com aqueles que apenas procuram um benefício económico”⁶⁵. Também neste sentido Hamad Bakar Hamad explica que o facto de ambos os grupos se encontrarem em guerra com países não muçulmanos, leva a que ambos possam relacionar-se numa perspectiva de entreatajuda⁶⁶.

A pirataria envolve na maior parte das vezes o roubo de um navio no alto mar, visando a obtenção de lucros para fins pessoais. Já o terrorismo como acima mencionámos, implica condutas de violência que prosseguem fins políticos, visando coagir um Estado ou uma autoridade governamental a fazer ou não, algo.

Mesmo na sua atuação denotam-se diferenças, sendo que os piratas, por norma, preferem ataques discretos, não tendo como objetivo tornar públicos os seus intentos, enquanto que a atividade terrorista se serve da projeção e do temor causado na comunidade internacional. Muitos autores apontam como principal elemento diferenciador, as motivações inerentes a ambos os grupos: nos piratas a obtenção de lucro privado, nos terroristas a prossecução de fins políticos. Explica Javier Vázquez que ainda que os terroristas e os piratas possam ter diferentes razões para atacar um barco e desejem uma situação final diferente, o primeiro passo é o mesmo: tomar o controlo de um navio à força, sendo que é a situação final desejada que dita a sequência de acontecimentos depois da tomada do navio⁶⁷.

Nesta conformidade, o terrorismo liga-se à pirataria, quando são praticadas ações análogas às tipificadas como pirataria visando outros fins que não os pessoais, ou seja, atos típicos de pirataria em que estão subjacentes fins políticos (associados ao terrorismo). Assim, estes crimes interligam-se quando são roubados navios para facilitar o ataque terrorista em si. Ou seja, os navios podem ser utilizados, quer como arma para produzir esses mesmos ataques (contendo explosivos que por sua vez serão detonados), quer como transporte de equipamentos, possivelmente escondidos nos contentores utilizados nos ataques (explosivos e equipamentos perigosos), quer como transporte de

⁶⁵ Vázquez, 2008, p. 10.

⁶⁶ Hamad, 2016, p. 128.

⁶⁷ Vd. Vázquez, 2008, p. 10, e Hamad, 2016, p. 129.

membros dessas células terroristas que eventualmente participarão no ataque⁶⁸. Também Hamad Bakar Hamad afirma que “There is speculation that al-Shabaab was, for many years, hiring pirates to smuggle members of al-Qaeda into Somalia”⁶⁹. É de ressaltar que, estas ações a terem lugar e a serem consideradas como terrorismo ligado à pirataria, têm como condição inerente o roubo prévio de um navio.

Atualmente, perante os esforços internacionais para congelar as suas finanças, afirma Javier Vázquez que os grupos terroristas podem ver na pirataria uma potencial fonte de lucros⁷⁰. Escreve Paul Williams:

Maritime piracy has evolved from an essentially localized phenomenon of ad hoc banditry conducted by local criminals to one funded by the global networks of transnational organized crime. Never before has it been so easy to transfer start-up funds and profits across seas and national boundaries (Williams, 2014, p. 181).

Desta forma, e face à conjuntura atual de criminalidade internacional, existem fortes indícios de que a pirataria esteja a financiar o terrorismo. A comunidade internacional tem empregue todos os meios para fazer cessar o apoio financeiro a estes mesmos grupos, levando a que estes procurem apoio junto das mais diversas fontes⁷¹.

Para além do dinheiro que exigem dos piratas (alguns portos na Somália, por exemplo, encontram-se sob o controlo de milícias do Al-Shabaab, recebendo esta, parte dos lucros obtidos com a pirataria), os terroristas ganham também acesso a navios, que não obteriam de outra forma, dado que não possuem conhecimentos suficientes para levar a cabo um assalto ou roubo no alto mar⁷².

Com efeito, os grupos terroristas podem estar estrategicamente a aproveitar-se do território de certos Estados, tornando-os locais onde os seus grupos de treino se instalam, fornecendo apoio logístico, recrutando novos membros, financiando e planeando ataques⁷³. Escreve Jaime Ferreira da Silva:

Embora seja difícil de provar que o dinheiro proveniente da pirataria africana esteja a servir para financiar o terrorismo, existem indícios que parte dos lucros provenientes dos ataques ao largo da Nigéria e dos Camarões está a ser usado para treinar terroristas e financiar as suas atividades, sendo evidente uma coordenação crescente entre o Boko-Haram e a AQIM (Silva, 2016, p. 75).

Esta colaboração entre os piratas e os grupos terroristas revela-se uma ameaça para a comunidade internacional, pois os Estados não estão preparados para combater

⁶⁸ *Idem, ibidem*, p. 20.

⁶⁹ Hamad, 2016, p. 128.

⁷⁰ Vd. Vázquez, 2008, p. 8.

⁷¹ Rodrigues, 2012, p. 14.

⁷² Vd. Hamad, 2016, p. 127.

⁷³ Alessil & Hanson, 2012, *apud* Pereira, 2013, p. 16. “Em 2009, um apontamento do Jane’s falava da possibilidade de os piratas estarem a providenciar treino marítimo à Al Shabaab, enquanto o grupo extremista islâmico estaria a usar as capacidades dos piratas para o tráfico de armas”.

este fenómeno. Se outrora as suas ações sempre foram de cariz individual, o facto de poderem estar a operar neste momento numa forma conjunta, faz temer os danos que os mesmos podem causar.

Apesar de ao longo de todos estes anos os Estados terem tentado ativamente combater a pirataria através de inúmeras iniciativas operacionais, quer no mar quer em terra, ou pela adoção de legislação, esse objetivo ainda não foi atingido. Na atualidade, perante o fenómeno crescente do terrorismo e seu impacto, importa repensar o nível de atuação dos Estados e dos meios ao seu dispor para o erradicar. Refere Eugene Kontorovich:

Further, the difficulties of prosecuting pirates are likely minimal compared to those difficulties involved in prosecuting trained terrorists. The piracy problem raises questions about the ability of the liberal international law regime to deal with organized and violent transnational networks (Kontorovich, 2010, p. 275).

O terrorismo ao englobar uma rede organizada de grupos, que planeiam meticulosamente as suas ações e que possui uma vasta cadeia de conhecimentos e de recursos à disposição, representa um sério desafio ao normal funcionamento da vida em sociedade. Assim sendo, pela complexidade deste fenómeno, o seu combate afigura-se-nos como uma tarefa árdua, em que é solicitado aos Estados, além de uma presença conjunta, um debate mundial sobre o assunto e a tomada de posições ativas na erradicação do fenómeno.

Conforme declara Eugene Kontorovich: “Moreover, the practicalities of fighting piracy are less daunting than terrorism: pirates have little training, float around the seas in open boats, and thus are easier to catch than terrorists”⁷⁴. Em certos casos, os Estados em que os ataques terroristas ocorrem, devido à ameaça de represálias e ataques futuros, evitam punir os agentes dos mesmos. Esta situação não se dá, todavia, aquando de um ataque de pirataria pois o mesmo pelos seus elementos e fins, não constitui uma ameaça tão grave para a comunidade internacional, como a do terrorismo.

Em suma, a atividade da pirataria que remontava ao passado pode estar novamente a adquirir um papel relevante, face à sua colaboração com as redes terroristas em expansão representando, como tal, através da sua ação conjunta, um novo perigo para a sociedade.

4. Enquadramento legal

O Estado Português constitui um dos inúmeros países que não contemplam na sua legislação interna o crime de pirataria. Apesar de ter ratificado a CNUDM, Portugal não possui nenhum preceito legal que lhe permita julgar os perpetradores deste crime. O facto de a CNUDM não consagrar a jurisdição universal para este crime, conduz a que o mesmo não disponha de tutela ao abrigo do ordenamento jurídico português.

Tal revela-se problemático dado que, ao longo dos anos, Portugal sempre foi um país muito empenhado em ratificar as principais Convenções a nível internacional, par-

⁷⁴ Kontorovich, 2010, p. 247.

ticipando em missões e outras iniciativas no combate à pirataria. Assim, não parece razoável, que um país ativo na luta ao combate deste fenómeno, seja incapaz de punir os agentes do crime ao abrigo da sua legislação interna.

Em suma, o Código Penal português é completamente omissivo nas suas disposições, não existindo nenhum artigo relativo à pirataria *per se*, nem nenhuma lei especial na qual estas condutas sejam contempladas. Tal situação levanta problemas legislativos nomeadamente no que concerne ao princípio da legalidade. Iremos, então, debruçar-nos brevemente sobre este conceito nuclear no Direito Internacional, de forma a que possamos compreender a importância da previsão do crime de pirataria no nosso ordenamento jurídico.

4.1. Princípio da legalidade como princípio geral de direito

O princípio da legalidade consiste num princípio cujo cumprimento é vital no Estado de Direito, sendo que nenhuma jurisprudência internacional criminal o pode ignorar⁷⁵. Conforme escreve David Luban:

Traditionally, the principle received expression in the Roman maxims *nullum crimen sine lege* (no crime without law) and *nulla poena sine lege* (no punishment without law). The first means that conduct may be criminalized only if publicly-accessible law spells out all the elements of the crime; the second means that the law must, in addition, sentence only according to a legally-specified scheme of punishments (Luban, 2010, p. 15).

Nas suas várias dimensões este princípio impõe que ninguém pode ser punido sem que a sua conduta esteja prevista na legislação como crime⁷⁶. Dita também que atos cometidos antes das condutas que os integram serem criminalizadas, não podem implicar uma posterior penalização dos seus agentes. De igual modo, obriga a que seja aplicável a lei mais favorável ao infrator, vigente à data da prática do facto, de forma a assegurar os direitos do mesmo⁷⁷. Todas estas vertentes visam garantir que ninguém será julgado arbitrariamente nem punido por um crime que não esteja previsto na legislação. Como tal, os Estados devem definir de forma clara, precisa e concreta, quais as condutas que são crimes, para que os cidadãos possam razoavelmente antever que as suas ações podem resultar em punição a nível criminal⁷⁸.

Todas estas premissas são *conditio sine qua non* do respeito pelos direitos do arguido (ou eventual suspeito) num julgamento, permitindo uma justiça mais imparcial e efetiva⁷⁹. Neste sentido, escreve Kenneth S. Gallant:

As any system of criminal law becomes genuinely effective, the likelihood increases that it will invade the rights of individuals by catching the wrong people, arbitrarily defining crimes and imposing punishments, and

⁷⁵ Gallant, 2007, p. 33.

⁷⁶ Vd. Gallant, 2007, p. 12; ver também Van der Wilt & Braber, 2014, p. 18.

⁷⁷ Vd. Gallant, 2007, p. 17.

⁷⁸ Hardy & Williams, 2011, p. 84.

⁷⁹ Vd. Luban, 2010, p. 579.

committing other wrongs. Any criminal law system with the strength to deter, prevent, and punish crime has the strength, if misused, to commit abuses. Abandonment of legality has inevitably led to such abuses (Gallant, 2007, p. 33).

4.2. Enquadramento legal nacional

Conforme já mencionado o Código Penal Português (adiante CP) não contém nenhuma disposição referente ao crime de pirataria. Atos de pirataria cometidos por portugueses, contra portugueses, ou com algum elo de conexão a Portugal, não podem ser punidos enquanto pirataria. Desta forma Portugal não pode participar diligentemente no combate à mesma, visto que não dispõe de nenhuma norma interna que lhe permita julgar os agentes do crime⁸⁰. Não existe, pois, uma definição das condutas proibidas nem uma moldura penal aplicável, subsistindo a dúvida de como punir tais atos.

No entanto, alguns autores não vêem isto como um problema sem solução, como é o caso de Alexandra Von Bohm-Amolly que defende que apesar de a legislação portuguesa não tipificar a pirataria, os atos materiais da conduta de pirataria podem integrar outros tipos legais do CP⁸¹. Assim, apenas os atos materiais ligados ao crime de pirataria podem ser alvo de punição à luz da ordem jurídico-penal portuguesa. Tal significa que os atos praticados aquando de um assalto a um navio podem ser punidos como crimes comuns do Código Penal, mas sem a conotação de atos piratas⁸².

Não nos parece que esta seja a melhor solução para colmatar a lacuna existente na legislação penal portuguesa face à ausência de uma disposição legal que criminalize a pirataria. A punição por atos materiais de pirataria não é suficiente, sendo essencial uma disposição legal com uma moldura penal significativa, capaz de acautelar os bens jurídicos protegidos. Sendo assim, os atos de pirataria devem ser punidos como tal, com as consequências que advêm desse “rótulo jurídico”, e não como meros crimes de homicídio, ofensas à integridade física, roubo, entre outros, por forma a salvaguardar os interesses na segurança marítima a nível nacional e internacional.

Contudo, o CP dispõe de dois artigos que são passíveis de serem aplicados à pirataria: é o caso do artigo 287.º (captura ou desvio de aeronave, navio, comboio ou veículo de transporte coletivo de passageiros) e do artigo 288.º (atentado à segurança de transporte por ar, água ou caminho de ferro), ambos inseridos no capítulo IV respeitante aos crimes contra a segurança das comunicações. O artigo 287.º refere como conduta típica “Quem se apossar de, ou desviar da sua rota normal, aeronave em voo, ou navio em curso de navegação”. Poderíamos encontrar aqui, alguma semelhança com a conduta típica do crime de pirataria no que diz respeito ao exercício de controlo de um navio. Porém, o

⁸⁰ Alguns países europeus contemplam na sua legislação penal o crime de pirataria, como é o caso da Alemanha (artigo 316 do StGB) e da Holanda (artigos 381.º a 385.º do Código Penal Holandês). Ambos preveem a jurisdição universal para este crime, isto é, o que lhes confere capacidade de julgar crimes de pirataria, independentemente do local da sua prática e da nacionalidade das pessoas envolvidas. Também em Espanha o crime de pirataria foi reintroduzido na legislação através da *Ley Orgánica* 5/2010, de 22 de junho que modifica a *Ley Orgánica* 10/1995, de 23 de novembro do Código Penal, no seu artigo 616.º.

⁸¹ Von Böhm-Amolly, p. 70.

⁸² *Idem, ibidem*, p. 70.

artigo 287.º não faz qualquer referência ao caráter violento da conduta, característica esta essencial à definição de pirataria, conforme expresso no artigo 101.º da CNUDM. Para além disso, o artigo do CP não menciona o espaço geográfico, requisito fulcral dado que a pirataria ocorre sempre em zonas fora da jurisdição dos Estados, i.e., no alto mar.

O referido artigo não menciona igualmente o facto de o agente pretender obter vantagens financeiras com o crime, requisito esse previsto no artigo 101.º da CNUDM. Este prevê na sua redação, um dolo normal, de utilização de violência na conduta que visa o roubo do navio, e um dolo específico, de obtenção de benefícios patrimoniais através desse comportamento. Porém, no artigo 287.º o dolo cinge-se apenas à captura/desvio do meio de transporte, o que significa que, através da sua atuação, o agente visa somente exercer domínio sobre o meio de transporte e a quem nele se encontra.

A finalidade privada consiste, a nosso ver, num elemento crucial, sem o qual a conduta não pode ser classificada como pirataria. Não fazendo o artigo 287.º qualquer referência a nenhum desses elementos, não se pode considerar que os interesses protegidos pela incriminação do artigo 101.º da CNUDM, estejam devidamente acautelados pelo artigo 287.º do CP.

Passemos, pois, a analisar o artigo 288.º do Código Penal, o qual enuncia vários comportamentos (destruição, colocação de obstáculo, dano, entre outros) que atentam contra a segurança do meio de transporte em causa. No n.º 2 deste artigo encontramos uma agravação da moldura penal caso o agente através da sua conduta, provoque perigo para a vida ou para a integridade física de outrem, ou para bens patrimoniais de valor elevado. Com efeito o tipo objetivo do crime contempla uma conduta que atenta contra a segurança de determinado meio de transporte, não exigindo que o agente capture o mesmo ou o desvie da sua rota. O enfoque neste artigo reside na criação de um perigo para o meio de transporte em causa, sendo apenas a ameaça para as pessoas que nele se encontram, contemplada no seu número 2. Isto demonstra, que a principal preocupação do legislador foi a de criminalizar condutas que pelo seu risco atentem contra a normal circulação dos meios de transporte existentes, salvaguardando a segurança e fiabilidade no transporte de mercadorias, pessoas e bens. Desta forma, a proteção das pessoas a bordo é passada para “segundo plano”, consubstanciando uma agravação da conduta típica descrita no número 1. Este preceito legal, a nosso ver, também não tutela eficazmente os bens jurídicos protegidos pelo crime de pirataria.

4.3. Possível inserção na Lei do Combate ao Terrorismo

Apesar da pirataria *per se* não encontrar correspondência no CP, acreditamos que ela não é desprovida de tutela pelo nosso ordenamento jurídico. De facto, cremos que quando tais condutas estejam ligadas às organizações terroristas (através do financiamento e fornecimento de materiais/bens), as mesmas podem ser criminalizadas ao abrigo do artigo 5.º-A da Lei n.º 52/2003 de 22 de agosto (adiante Lei do Combate ao Terrorismo).

A Lei do Combate ao Terrorismo veio criminalizar, através do seu artigo 4.º, condutas definidas como terrorismo. Assim, qualquer pessoa que através dos crimes enunciados nas alíneas a) a f) do artigo 2.º desse diploma, vise “prejudicar a integridade e a

independência nacionais, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição, forçar a autoridade pública a praticar um acto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda a intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral”, é punido à luz do ordenamento penal português.

Igualmente, no seu artigo 5.º-A, todos aqueles que colaborem com as organizações terroristas, nomeadamente através do seu financiamento são punidos. Segundo este artigo, constitui crime a conduta de quem “fornecer, recolher ou detiver fundos ou bens de qualquer tipo [...] com a intenção de serem utilizados ou sabendo que podem ser utilizados [...] no planeamento, na preparação ou na prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º”. Desta forma, apesar das motivações e divergências ideológicas entre piratas e terroristas, os primeiros ao colaborarem com as organizações terroristas, através da recolha de fundos ou do fornecimento de recursos, podem ser responsabilizados conforme este artigo, pelo auxílio prestado no planeamento de ataques terroristas.

4.4. Soluções

Sendo que Portugal sempre foi um país que tomou (e toma) parte em diversas iniciativas de combate à pirataria (sobretudo no que trata a operações navais), e visto que o mesmo ao ratificar a CNUDM se comprometeu a empregar esforços na erradicação da mesma, não se compreende a ausência de um tipo legal criminal de pirataria.

Imagine-se uma situação hipotética em que um navio português captura no alto mar piratas de outra nacionalidade, os quais acabaram de assaltar um navio estrangeiro. Como deveria Portugal atuar: libertaria os piratas? Trá-los-ia a julgamento em Portugal? Levá-los-ia para um país com competência e recursos para os punir?

Nenhuma das opções acima referidas nos parece viável. Com efeito, libertar os piratas não teria qualquer utilidade no combate à pirataria, provocando apenas um gasto de tempo e meios ao capturar os mesmos para mais tarde os libertar. Apresentá-los a julgamento em Portugal também não seria razoável, dado que não existe nenhuma disposição legal interna ao abrigo da qual os mesmos pudessem ser julgados. Igualmente, conduzi-los a um país capaz de os julgar parece-nos, por motivos óbvios, uma opção impossível dada a morosidade dos procedimentos criminais e os custos económicos associados. Em muitos casos, apesar dos países terem interesse no julgamento, a passagem do tempo esvanece a atualidade das provas, dificultando a reconstituição de determinados factos em tribunal. Nestes casos levantam-se problemas de justiça penal e de direitos humanos. Frequentemente, os agentes do crime são sujeitos a condições de encarceramento degradantes nos países para onde são enviados para julgamento, sendo aí alvo de penas mais severas em comparação com as do Estado que os capturou.

Sendo assim, o sistema jurídico português deve preparar e adaptar-se às exigências de combate a este fenómeno, não bastando para tal apenas ratificar as Convenções e disponibilizar meios que permitam ações conjuntas e iniciativas militares. É imprescindível uma solução que permita capturar e julgar os agentes ao abrigo duma lei interna que criminalize tais condutas.

A nosso ver seria oportuna a elaboração de um artigo no Código Penal Português referente a atos de pirataria, acompanhado de uma moldura penal adequada à gravidade dos mesmos. Ou, em alternativa, a criação de uma lei especial que criminalizasse a pirataria, à semelhança da Lei do Combate ao Terrorismo que criminaliza o terrorismo. Conforme José Sobrino Heredia:

Por lo demás, y finalmente, este silencio no se compadece con las recomendaciones de la OMI, donde se señala que los Estados deberían adoptar las medidas que sean necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos de piratería y robo a mano armada perpetrados contra los buques incluido cualquier cambio en su legislación que sea necesario para permitirles detener y procesar a las personas que comentan tales delitos (sublinhado nosso)⁸³.

5. Conclusão

Aguardar que fenómenos de criminalidade internacional, como o são o da pirataria e o do terrorismo, entre muitos outros, desapareçam, revela-se uma expectativa ilusória. Com efeito, nunca poderemos afirmar que fenómenos de criminalidade internacional como estes serão algum dia extintos por completo, pois os seus agentes procurarão sempre diversificar os meios tradicionais de atuação, de forma a iludirem a comunidade internacional e prosseguirem com as suas práticas criminosas. Ao passo que a pirataria existe há algum tempo e tem suscitado a atenção do Direito Internacional, o terrorismo é um fenómeno recente, cujo combate e prevenção tem ainda de ser analisado e legalizado.

Independentemente da sua contemporaneidade, ambos os conceitos possuem um problema central: não são considerados crimes internacionais. Isto significa que os Estados que não os prevejam no seu ordenamento jurídico doméstico, não os podem punir. Muitos poderiam argumentar, como foi referido nesta dissertação, que não haveria qualquer necessidade da sua inclusão no ETPI por não se tratar de condutas suficientemente gravosas. No entanto, cremos que este critério não deve ser aceite no que ao terrorismo concerne. O mesmo tem já provado ser causador de homicídios em massa, calamidade e terror público. A nível dos ordenamentos nacionais, os Códigos Penais internos dos Estados contemplam vários crimes, cada qual com uma pena adequada à danosidade da conduta para os bens jurídicos tutelados. No entanto, estes não se abstêm de criminalizar certos comportamentos menos graves baseando-se no critério da sua gravidade face a outros, sendo que também a nível internacional esta lógica se deveria verificar na criminalização do terrorismo.

Neste sentido, alguma doutrina considera que certas bagatelas penais (crimes de reduzida gravidade) devem estar excluídas do TPI, dado que este deve ser reservado para os crimes que mais severamente violem bens jurídicos fundamentais à vivência em comunidade. Perante isto, poderemos então concordar com a afirmação que o terrorismo não é digno de previsão no ETPI? Não serão os danos por ele causados, prova suficiente de que é merecedor da tutela do ETPI?

⁸³ Sobrino Heredia, 2009, p. 142.

No plano interno, e no que ao ordenamento jurídico português concerne, a pirataria não é criminalizada, o que não se coaduna com as exigências internacionais de prevenção e repressão da mesma. De facto, a nossa legislação penal foi evoluindo ao longo do tempo, adaptando-se às mudanças culturais e de mentalidades, passando a prever crimes modernos. Certamente que há muitos anos seria impensável incluir na nossa legislação penal determinados crimes como: crimes de aliciamento a menores, crimes contra animais de estimação, crimes de contrafação de estupefacientes, crimes contra o ambiente, crimes de branqueamento, entre outros. No entanto, a realidade é que o Código Penal Português se tornou abundante e denso no que toca às condutas criminais na evolução dos tempos. Qual a lógica então da exclusão da pirataria do seu elenco de crimes? Não tutela a pirataria também bens jurídicos considerados fundamentais? Não pode a sua prática implicar o cometimento acessório de outros crimes já contemplados no Código Penal?

Urge acompanhar a evolução legislativa e ainda que hoje os crimes mencionados não sejam considerados internacionais, acreditamos que o ponto de viragem a seu tempo virá. Há anos que surgem medidas e operações de combate à pirataria. Os Estados cada vez mais aumentam a sua segurança, criando organismos que lhes permitam prever ataques terroristas, bem como agilizar a sua ação durante os mesmos. No entanto, estas realidades permanecem, facto este que comprova que, quando tudo o resto falha, é altura de experimentar uma nova abordagem. Esta, tem de se iniciar preferencialmente a nível legislativo, através de uma lei que possibilite a repressão e punição eficaz dos seus infratores e que os advirta de que as suas ações serão sancionadas segundo as leis vigentes.

As Convenções existentes revelam-se por vezes inexatas e restritivas nos seus termos, carecendo de uma interpretação mais rigorosa e exaustiva. Igualmente limitativo é o facto de nem todos os Estados as terem ratificado, constituindo assim um entrave à sua aplicação.

Numa época em que cada vez mais eclodem novos crimes agravando-se os conflitos mundiais, defendemos que deve existir uma mudança legislativa não só a nível internacional, através da consagração dos crimes internacionais de terrorismo e de pirataria, mas sobretudo a nível das legislações nacionais dos Estados.

Assim como outros Estados, também Portugal se deve posicionar na erradicação da criminalidade internacional. Esta prerrogativa apenas pode ser cumprida pela inserção no Código Penal Português de um artigo referente à pirataria ou pela elaboração de uma lei especial que criminalize tais condutas e seus agentes. Sem essa tipificação legal, todos os esforços aplicados no combate à criminalidade internacional por Portugal, revelam-se infrutíferos.

Bibliografia

AZUBUIKE, L. (2009). International law regime against piracy. *Annual Survey of International & Comparative Law*, vol. 15, no. 1, Article 4, pp. 43-59.

BARATA, J. (2011). *O terrorismo como crime internacional*. Dissertação de Mestrado em Direito Internacional Público na Universidade Católica do Porto.

BENTO, L. (2011). Toward an international law of piracy *sui generis*: How the dual nature of maritime piracy law enables piracy to flourish. *Berkeley Journal of International Law*, vol. 29, n.º 2, pp. 101-157.

CASSESE, A. & GAETA, P. (2013). *International criminal law*, 3.^a Edição. Oxford: Oxford University Press.

COHEN, A. (2012). Prosecuting terrorists at the International Criminal Court: Reevaluating an unused legal tool to combat terrorism. *Michigan State University College of Law International Law Review*, n.º 20, pp. 219-257.

CORRÊA, R. (2014). *Pirataria em alto-mar no âmbito do direito internacional*. Monografia final do Curso de Graduação em Direito. Santa Rosa (RS) Brasil, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI.

DOLINGER, J. (2007). O terrorismo internacional como ameaça ao direito internacional. *III Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, vol. 2, pp. 78-113.

FERREIRA, C. (2017). A evolução da pirataria marítima em águas internacionais / The evolution of maritime piracy in international waters. *Cedis Working Papers*, n.º 52, pp. 1-34.

FERREIRA DA SILVA, J. (2016). Uma visão global da pirataria marítima no século XXI. In Borges & Rodrigues (coord.). *Ameaças e riscos transnacionais no novo mundo global*. Fronteira do Caos.

FIGUEIREDO, J. (2010). O colapso estatal somali e a ação de piratas no chifre de África, análise da situação somali à luz da teoria de estados falidos como causa dos ataques piratas no Oceano Índico. Retirado de https://unibhri.files.wordpress.com/2010/12/janaina-figueiredo-o-colapso-estatal-somali-e-a-ac3a7c3a30-de-piratas-no-chifre-da-c3a1frica_.pdf.

GALLANT, K. (2009). Legality as a rule of customary international law today. In *The Principle of legality in international and comparative criminal law*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 1-36.

GÓMEZ, F. (2011). *La amenaza de la piratería marítima a la seguridad internacional : El caso de Somalia*. Tesis Doctoral. Ministerio de Defensa.

GUEDES, A. (2004). O terrorismo transnacional e a ordem internacional. *Nação e Defesa*, n.º 108 - 2.^a Série, pp. 169-197.

HAMAD, H. (2016). Maritime terrorism: Why the East African community is the next potential target of maritime terrorism. *Research on Humanities and Social Sciences*, vol. 6, n.º 6, pp. 126-133.

HARDY, K. & WILLIAMS, G. (2011). What is terrorism - Assessing domestic legal definitions. *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, n.º 16, pp. 77-162.

JODOIN, S. (2007). Terrorism as a war crime. *International Criminal Law Review*, n.º 7, pp. 77-115.

KAO, B. (2016). Against a uniform definition of maritime piracy. *Maritime Safety and Security Law Journal*, pp. 1-20.

KONTOROVICH, E. (2010). A Guantánamo on the sea: The difficulty of prosecuting pirates and terrorists. *Northwestern University School of Law Public Law and Legal Theory Series*, n.º 9, pp. 242-276.

LUBAN, D. (2010). Fairness to rightness: Jurisdiction, legality, and the legitimacy of international criminal law. *Georgetown Law Faculty Working Papers*, pp. 1-25.

PEREIRA, A. (2013). *Somália: Santuário terrorista? O caso da Al-Shabaab*. Dissertação de Mestrado em Estudos Africanos. ISCTE-IUL Instituto Universitário de Lisboa, pp. 1-117.

RAMOS, N. (2012). *Ameaças ao transporte marítimo – A pirataria: Estudo do caso Somali*. Dissertação de Mestrado em Estudos da Paz e da Guerra nas Novas Relações Internacionais. Universidade Autónoma de Lisboa, pp. 1-151.

RODRIGUES, A. (2012). O combate à pirataria marítima. *Cadernos Navais*, n.º 41, pp. 1-76.

SABIA DE BARBERIS, N. G. (2011). Ejercicio de la jurisdicción para la represión de la piratería. In *Piratería en el siglo XXI. Nuevos escenarios para el derecho internacional*, pp. 89-124. Retirado de <http://www.cari.org.ar/pdf/pirateria.pdf>.

SCHARF, M. & NEWTON, M. (2011). *Terrorism and crimes against humanity*. Vanderbilt University Law School - Public Law & Legal Theory.

SCHMIDT, J. (2014). *A repressão à pirataria internacional: jurisdição universal e perspectivas pós-Convenção das Nações Unidas sobre o direito do mar (1982)*. Trabalho de conclusão de curso para obtenção do título de Bacharel em Direito. Florianópolis, Brasil, Universidade Federal de Santa Catarina.

SILVA, K. (2015). A pirataria no Atlântico Sul: securitização e cooperação. Retirado de http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2015/relatorios_pdf/ccs/IRI/IRI-Kayo%20Moura%20da%20Silva.pdf.

SOBRINO HEREDIA, J.S. (2009). Piratería y terrorismo en el mar. *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2008*, pp. 81-148.

TREVES, T. (2009). Piracy, law of the sea, and use of force: Developments off the coast of Somalia. *European Journal of International Law*, vol. 20, n.º 2, pp. 399-414.

VAN DER WILT, H. & BRABER, I. (2014). The case for inclusion of terrorism in the jurisdiction of the International Criminal Court. *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper Series*, n.º 26, pp. 1-21.

VÁZQUEZ, J. (2008). La amenaza del terrorismo en el ámbito marítimo. *Boletín de Información*, n.º 304, pp. 7-24.

VILELA, P. (2014). *Terrorismo: Uma análise histórico-sociológica do fenômeno e crítica as táticas antiterror*. Trabalho de conclusão de curso para obtenção do título de Bacharel em Direito. Brasil, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUCRS.

VON BÖHM-AMOLLY, A. (2011). O direito internacional marítimo e o direito nacional no combate à pirataria. Potencialidades e limitações. Instituto de Estudos Superiores Militares. *Boletim Ensino | Investigação*, n.º 10, pp. 59-73.

VON BÖHM-AMOLLY, A. (2011). Pirataria no Oceano Índico. Algumas questões jurídicas. *Revista Militar*, n.º 2511.

WILLIAMS, P. (2014). Maritime piracy: A sustainable global solution. *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 46, n.º 1, pp. 177-215.

A Diretiva n.º 2017/1852.
Um novo paradigma na resolução alternativa de litígios
em matérias fiscais dentro da EU

Sofia Raquel Sá Gonçalves

Sob a orientação do
Doutor João Félix Pinto Nogueira

Agradecimentos

Aos meus pais,
pelo apoio incondicional, e por acreditarem sempre em mim.

Ao meu irmão,
porque me ensinou tudo o que sei.

Ao Zé,
pela paciência e pelo carinho.

Ao Sr. Doutor João Félix Pinto Nogueira,
pela disponibilidade, rigor e orientação.

Resumo

Esta dissertação explorará os mecanismos de resolução de litígios em matérias fiscais internacionais. Após um breve comentário à conjuntura dos vários instrumentos que regulam esta matéria, analisaremos os aspetos positivos e negativos da Diretiva n.º 2017/1852. Em nosso entender, este instrumento procede a uma mudança de paradigma em termos de resolução de litígios tributários a nível internacional. Não obstante, o sistema que introduz não é perfeito, pelo que chamaremos à atenção alguns dos defeitos de que a diretiva padece. Por último, analisaremos brevemente a implementação da mesma no território nacional.

Palavras-chave: Diretiva n.º 2017/1852; resolução alternativa de litígios; União Europeia; dupla tributação.

Abstract

This dissertation addresses dispute resolution mechanisms in international tax matters. After a brief commentary on the different existing instruments that regulate these matters, we will analyse the up and downsides of Directive 2017/1852. We believe that this instrument imposes a shift of the paradigm regarding alternative dispute resolution at international level. However, the newly introduced system is not perfect, so we will draw attention to some of the negative aspects of the Directive. Lastly, we will briefly analyse its implementation in Portugal.

Keywords: Directive 2017/1852; alternative dispute resolution; European Union; double taxation.

Lista de siglas e abreviaturas

Al.	Alínea
Art.	Artigo
AT	Autoridade Tributária
BEPS	<i>Base Erosion and Profit Shifting</i>
BIT	<i>Bilateral Investment Treaty</i>
CA	Convenção de Arbitragem
CAAD	Centro de Arbitragem Administrativa
CC	Comissão Consultiva
CDT	Convenção Sobre Dupla Tributação
Cfr.	Conforme
CM	Convenção Modelo
CRAL	Comissão de Resolução Alternativa de Litígios
EM	Estado-Membro
IM	Instrumento Multilateral
LGT	Lei Geral Tributária
N.º	Número
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
ONU	Organização das Nações Unidas
P.	Página
P. e.	Por exemplo
PA	Procedimento Amigável
Pp.	Páginas
RAL	Resolução Alternativa de Litígios
RGIT	Regime Geral das Infrações Tributárias
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia
UE	União Europeia

Índice

Capítulo I – Introdução	6
Nota Introdutória	6
1. Objeto	6
2. Investigação	6
3. Metodologia e modo de citação	7
4. Sequência	7
Capítulo II – Análise global dos mecanismos de resolução de litígios em matérias fiscais.	7
Parte I – Os vários instrumentos de resolução de litígios	7
1. A Convenção 90/436/CEE	7
2. O mecanismo previsto na Convenção Modelo da OCDE	8
3. O mecanismo previsto na Convenção Modelo da ONU	9
4. A arbitragem introduzida pelo Instrumento Multilateral	9
5. Os “Bilateral Investment Treaties”	10
6. Conclusão	10
Parte II – A Diretiva n.º 2017/1852: Noções introdutórias	11
1. Natureza jurídica	11
2. Relação com outros instrumentos	12
3. Escopo da diretiva	13
3.1. Escopo substantivo	13
3.2. Escopo objetivo e “questão litigiosa”	13
3.3. Escopo pessoal	14
4. Procedimento	15
Capítulo III – Análise crítica da Diretiva n.º 2017/1852	16
1. O procedimento amigável	16
1.1. Acesso ao procedimento amigável (fase unilateral)	16
1.2. Desenvolvimento do procedimento amigável (fase consultiva)	17
1.3. Garantias na implementação do procedimento amigável (fase final)	18
1.4. Relação com os tribunais domésticos	19
2. Fase de resolução alternativa de litígios	21
2.1. Obrigatoriedade	21
2.2. Prazos	21
2.3. O papel das comissões	22
3. Outros	24
3.1. Confidencialidade dos procedimentos	24
3.2. A decisão	24
3.3. Impossibilidade de recurso	25
3.4. Questões relativas à dupla tributação	26
3.5. O papel do contribuinte em geral	27
Capítulo IV – Outras questões	28
1. A transposição da diretiva para o ordenamento jurídico nacional	28
1.1. A Lei n.º 120/2019 de 19 de setembro	28
1.2. Relação com a arbitragem tributária	32
2. A hipótese de um tribunal arbitral na União Europeia em matérias fiscais	32
Conclusões	34
Referências bibliográficas	36

Capítulo I – Introdução

Nota Introdutória

A resolução de litígios é um elemento de crescente importância no panorama fiscal europeu e internacional. Trata-se de uma matéria discutida ao longo das últimas décadas, mas que só recentemente, na esteira da Ação 14 do BEPS, recebeu atenção da comunidade internacional.

Atualmente existem vários mecanismos de resolução de litígios em matérias fiscais, a nível internacional. Existem as convenções bilaterais, sempre que incluam um dispositivo similar ao artigo 25.º das convenções modelo (OCDE ou ONU), bem como a Convenção de Arbitragem¹, que se centra na resolução de litígios relativos a ajustamentos no contexto de preços de transferência.

Mais recentemente, o instrumento multilateral e a Diretiva n.º 2017/1852 de 10 de outubro de 2017² (doravante “diretiva”) vieram corrigir e complementar os defeitos que os restantes instrumentos inicialmente apresentavam, construindo o caminho para o futuro.

1. Objeto

Esta dissertação centrar-se-á na análise da Diretiva n.º 2017/1852, em particular no que toca aos procedimentos que esta estabelece para resolução de litígios em matérias fiscais, no contexto internacional.

Em primeiro lugar, a diretiva prevê o procedimento amigável (PA), um procedimento interestadual³ que se encontra estruturado de modo rigoroso. Analisaremos criticamente as suas várias disposições e as suas consequências para as autoridades tributárias competentes e para o contribuinte.

Em segundo lugar, a diretiva prevê um procedimento subsidiário ao PA. Referir-nos-emos ao mesmo como procedimento de resolução alternativa de litígios (RAL), pois reconduz-se ao uso de vários métodos alternativos (como a arbitragem, a mediação e a conciliação⁴) através de uma comissão criada casuisticamente cujo parecer é, regra geral, vinculativo para os Estados Membros (EM).

Estarão ainda no centro da nossa análise as restantes disposições da diretiva que estabeleçam “os direitos e obrigações dos interessados”⁵ dentro da resolução do litígio.

2. Investigação

Apesar da diretiva suprir vários dos problemas apontados aos mecanismos anteriores, consideramos que a mesma ainda apresenta vários óbices. Nestes termos, a nossa investigação visa uma identificação clara desses problemas.

¹ Convenção relativa à eliminação da dupla tributação em caso de correção de lucros entre empresas associadas (90/436/CEE), de 23 de agosto de 1990. Doravante, “CA”.

² Diretiva UE n.º 2017/1852 do Conselho, de 10 de outubro de 2017, relativa aos Mecanismos de Resolução de Litígios em Matéria Fiscal na União Europeia.

³ “The so-called mutual agreement procedure (MAP), [...] is a process that two states can use to reconcile the tax treatment of a given taxpayer and reach an outcome that avoids double taxation” (Snodgrass, 2017).

⁴ Parágrafo seis do preâmbulo da diretiva.

⁵ Cfr. art. 1.º da diretiva.

Iremos examinar brevemente os vários instrumentos de resolução de litígios em matéria tributária, tais como os incluídos nas convenções bilaterais, na CA, no IM e nos “bilateral investment treaties” (BITs). Não obstante, tal análise será restrita ao que considerarmos ser essencial para a compreensão da diretiva. Tais informações serão retomadas ao longo do texto de modo auxiliar.

3. Metodologia e modo de citação

Ao longo do texto procederemos a uma análise normativa do regime jurídico da diretiva, de um ponto de vista crítico. Como tal, recorreremos frequentemente ao seu articulado para explanar o regime legal em causa e as suas consequências para os sujeitos envolvidos no procedimento.

Quando relevante, enquadraremos outros diplomas legais relacionados, por forma a fazer uma análise mais completa do paradigma de resolução de litígios no panorama internacional. Com o intuito de fundamentar adequadamente as nossas críticas e conclusões, iremos sustentar-nos numa análise doutrinal.

A norma de citação a utilizar na referência bibliográfica desses elementos será a norma APA 6^a Edição.

4. Sequência

O capítulo II encontra-se dividido em duas partes. A parte I começa por descrever os vários mecanismos que são utilizados para a resolução de litígios em matéria tributária. Na segunda parte analisaremos o regime jurídico e os procedimentos introduzidos pela diretiva.

No capítulo seguinte, analisaremos o PA e a RAL de modo mais cuidado, as melhorias que os procedimentos adotados acrescentam ao panorama atual, bem como as deficiências de que a diretiva continua a enfermar. Examinaremos essas questões, as suas implicações, e faremos comparações com os restantes instrumentos. Sempre que possível, proporemos soluções.

No último capítulo, abordaremos algumas questões relacionadas com a transposição da diretiva para o ordenamento jurídico português, e aferiremos da relevância da criação de um tribunal arbitral europeu.

Capítulo II – Análise global dos mecanismos de resolução de litígios em matérias fiscais.

Parte I – Os vários instrumentos de resolução de litígios

1. A Convenção 90/436/CEE⁶

Esta convenção foi celebrada exclusivamente entre Estados-Membros da União Europeia e prevê três fases de resolução do conflito: a resolução unilateral, o PA e a arbitragem através de uma comissão consultiva⁷.

⁶ Sobre a CA, *vide* Carolis, 2013, pp. 308-312; Hinnekens, 2010, pp. 109-116; Pit, 2015a e 2015b.

⁷ Respetivamente, cfr. arts. 5.º, 6.º e 7.º da CA.

Apenas se pode recorrer a esta convenção nos casos de dupla tributação relacionada com preços transferência⁸, o que limita em forte medida a aplicabilidade deste instrumento. Adicionalmente, o seu texto não estabelece prazos específicos para os diversos momentos e deixa em aberto várias questões relativas à constituição e atuação da CC.

Estes e outros problemas explicam o reduzido recurso à convenção⁹. No sentido de os colmatar, o fórum conjunto da UE sobre preços transferência adotou um código de conduta¹⁰ que procurou regulamentar algumas das matérias mais problemáticas¹¹.

2. O mecanismo previsto na Convenção Modelo da OCDE¹²

O art. 25.º deste diploma também prevê a possibilidade de o contribuinte recorrer a um PA nas situações em que a tributação não se faça de acordo com o previsto com a respetiva convenção sobre dupla tributação.

Este é ainda o principal procedimento a que os contribuintes recorrem no plano internacional. No entanto, apresenta vários problemas. O principal encontra-se no art. 25.º n.º 2 que, originalmente, referia apenas que os Estados “devem tentar [...] resolver”¹³ os problemas de interpretação da convenção. A doutrina entendia o mecanismo como uma mera obrigação de meios. Por outro lado, entendia-se que era possível aos Estados desconsiderar o pedido e simplesmente não se iniciar o PA. Criavam-se assim entraves ao acesso à arbitragem pelo contribuinte¹⁴, fase que também não dispunha de prazos certos de atuação.

Em 2008 foi adicionado um n.º 5 (ao art. 25.º)¹⁵, introduzindo a “arbitragem obrigatória”. Nos termos deste novo preceito, passados dois anos após o início do PA sem que este tenha solução, o contribuinte tem direito de recorrer a um procedimento de arbitragem, a menos que, entretanto, surja uma decisão judicial sobre o caso. A decisão deste procedimento é vinculativa para ambos os Estados, salvo se houver oposição do interessado¹⁶.

Todavia, o efeito desta alteração não foi o esperado. Poucos Estados adotaram este novo número nas suas CDTs¹⁷ pelo que, e como a própria OCDE confirma, este instrumento continua a mostrar-se como insuficiente para lidar com as exigências crescentes em termos de resolução de litígios¹⁸.

⁸ Cfr. art. 4.º da CA.

⁹ Apenas se registaram dois casos entre 1995 e 2015 (maio de 2003 e abril de 2005). *Vide* Hinnekens, 2010, p. 109.

¹⁰ Código de conduta para a efetiva aplicação da convenção relativa à eliminação da dupla tributação em caso de correção de lucros entre empresas associadas (2006/C 176/02).

¹¹ Este permitiu, p. e., regular a atividade da CC, entre outros aspetos elencados por Pit (2015a).

¹² Modelo de convenção fiscal sobre o rendimento e o património da OCDE.

¹³ No original, “shall endeavour [...] to resolve”.

¹⁴ Esta questão manteve-se na versão de 2017 da CM OCDE, cujo comentário não especifica quais as justificações apropriadas para não aceitar o pedido de PA. Cfr. Groen, 2017, p. 611.

¹⁵ O qual ainda não foi acolhido pela generalidade das convenções bilaterais atualmente em vigor.

¹⁶ *Vide* Sidhu, 2014, p. 595.

¹⁷ Em 2013, apenas 160 tratados previam a arbitragem como subsequente ao PA, sendo que apenas 63 utilizaram o n.º 5 para prever a arbitragem de forma obrigatória. *Vide* Pit, 2017, p. 569.

¹⁸ *Vide* OCDE. (s.d.). *Mutual Agreement Procedure Statistics 2006-2015*. Obtido de <http://www.oecd.org/tax/dispute/map-statistics-2006-2015.htm>. Encontramos aqui um aumento de casos iniciados, motivados não só pela internacionalização da economia, mas também pelo crescente número de convenções bilaterais. Com a introdução do BEPS, espera-se que este número aumente ainda mais.

3. O mecanismo previsto na Convenção Modelo da ONU¹⁹

A CM da ONU é materialmente muito semelhante à da OCDE. Em 2011 houve uma tendência para a aproximação da letra dos dois textos, e em termos de resolução de litígios as alterações foram no sentido de aprimorar o PA e adicionar um procedimento de arbitragem opcional²⁰.

O art. 25.º apresenta duas versões: o art. 25.º-A, que prevê um PA; e o art. 25.º-B que prevê, no seu n.º 5, a possibilidade de recurso à arbitragem. A adoção de um ou outro fica ao critério dos Estados²¹.

No que respeita à resolução de litígios, existem três diferenças fundamentais em relação ao mecanismo proposto pela CM da OCDE: (1) o prazo de resolução do PA é de três anos, e não de dois; (2) o acesso à arbitragem é da competência das autoridades de cada Estado, e não do contribuinte; e (3) a decisão não é obrigatória, uma vez que as autoridades competentes de cada Estado podem chegar a uma solução diferente da arbitral dentro de seis meses.²²

4. A arbitragem introduzida pelo Instrumento Multilateral

A ação 14 do BEPS (“Tornar os mecanismos de resolução de conflitos mais eficazes”) estabelece requisitos mínimos para o PA²³, propondo ainda a criação de um sistema de arbitragem obrigatória, ainda que seja meramente opcional para os Estados.

Estas propostas foram incluídas nas partes V e VI do IM, criado na sequência da Ação 15 do BEPS (“Desenvolver um instrumento multilateral”)²⁴. Este instrumento agrega todas as mudanças propostas pelas restantes ações do BEPS e o seu objetivo é a modificação automática das convenções bilaterais entre os países que assim o aceitarem²⁵.

Em alguns aspetos, o IM é inovador, nomeadamente no estabelecimento de um procedimento detalhado de PA e arbitragem, e na regulação da relação entre o PA e os tribunais domésticos. O IM permite também que os Estados decidam não acolher (“opt-out”) certas disposições. Esta flexibilidade permite aos Estados escolher as matérias que sujeitam à arbitragem, levando-os mais facilmente a aceitar os padrões mínimos previstos. Por outro lado, tais reservas previnem uma correção efetiva de muitas insuficiências que o PA das CDTs apresenta.

¹⁹ Modelo de convenção sobre dupla tributação das Nações Unidas entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento. Sobre a CM da ONU, *vide* Devillet, 2012, pp. 612-617.

²⁰ Isto foi motivado pelo reconhecimento de que a dupla tributação constitui uma barreira ao desenvolvimento dos países em vias de desenvolvimento.

²¹ No comentário ao texto da convenção são fornecidas orientações para os Estados decidirem qual das versões do art. 25.º devem adotar.

²² *Vide* Devillet, 2012, pp. 614 e 615.

²³ *Vide* Mozo, 2018, pp. 32 e 33, que identifica e explica as práticas recomendadas: a prevenção de disputas, a facilidade de acesso ao PA, a efetiva resolução do PA, e a sua implementação.

²⁴ Sobre o IM, na sua vertente de resolução de litígios, *vide* Pit, 2017, pp. 568-579; e Groen, 2017, pp. 607-613.

²⁵ Cfr. art. 1.º do IM.

Não sendo este o espaço apropriado para discutir a aplicação do IM, não podemos deixar de referir que o resultado da sua aplicação não será ainda suficiente²⁶. Os Estados continuam a preferir manter a sua soberania em matéria tributária, pelo que vários não optaram por algumas das cláusulas relativas ao PA e à arbitragem²⁷.

5. Os “Bilateral Investment Treaties”²⁸

Os BITs são acordos bilaterais que os Estados celebram para a proteção dos investimentos feitos pelos seus cidadãos no território do outro Estado contratante. Esta proteção é feita através de uma série de cláusulas, por exemplo a cláusula contra a expropriação e a cláusula de tratamento justo.²⁹

No quadro destes tratados, o investidor pode aceder diretamente à arbitragem contra a administração do Estado que está a violar os seus direitos³⁰, sem necessidade de qualquer PA interestadual.

Ainda que os âmbitos de aplicação sejam diferentes, em vários casos os contribuintes recorrem aos BITs para a resolução de litígios em matérias fiscais, pois estes atribuem-lhes direitos enquanto parte no procedimento de arbitragem.

Contudo, o recurso aos BITs em matérias tributárias não é apropriado, pois interesses incorporados nos mesmos são sobretudo do foro comercial. Adicionalmente, em muitos casos, os árbitros não têm experiência em matérias fiscais. Acresce que levam a uma maior ingerência na soberania dos Estados.³¹ Por último, devemos notar que existem alguns BITs que excluem as matérias fiscais do seu escopo, ou que, pelo menos, colocam reservas ao seu tratamento³².

6. Conclusão

Os instrumentos acima abordados não apresentam soluções adequadas ou completas para a correção dos problemas da resolução de litígios em matérias fiscais:

- a CA apresenta-se como insuficiente devido ao seu escopo reduzido;
- o PA baseado na CM da OCDE ou da ONU também apresenta falhas em várias matérias;

²⁶ “Because each contracting party submits its reservations, the MLC works on the basis of asymmetrical application, leading to an extremely complex system of implementation”. Dourado, 2018, p. 4. A autora menciona ainda que: “Rather than contributing to a new era of multilateral tax cooperation or governance, [...] the MLC reinforces the network of bilateral treaties”.

²⁷ De forma ilustrativa, podemos dizer que em novembro de 2017 apenas oito países em vinte e seis tinham assinado o IM integralmente. Vide Groen, 2017, pp. 611 e 612, onde também se podem ver exemplos de reservas colocadas.

²⁸ Sobre os BITs, vide Sidhu, 2014. Is the mutual agreement procedure past its “best-before date” and does the future of tax dispute resolution lie in mediation and arbitration? *Bulletin for International Taxation*, 11, pp. 590-605; Govind & Turcan, 2017; Walde & Kolo, 2007; Ismer, & Piotrowski, 2016.

²⁹ Sobre estas cláusulas, vide Sidhu, 2014, p. 597.

³⁰ Para um estudo mais aprofundado da ideia de arbitragem entre o sujeito e o Estado, vide Hober, 2014, pp. 189-193.

³¹ Vide Ismer & Piotrowski, 2016, pp. 357 e 358.

³² “Many countries exclude tax matters from BIT and investment treaties. [This] may signify that under customary international law the host country’s sovereign power of taxation is supreme”. Sidhu, 2014, pp. 590-605.

- também o IM, apesar de inovar, acaba por não ser acolhido por vários Estados;
- finalmente, os BITs não são apropriados por vários motivos, de entre os quais o facto de serem dirigidos a matérias fora do âmbito fiscal.

Após esta breve análise, resta-nos entrar em detalhe sobre a diretiva. Doravante, esta será o ponto central desta dissertação.

Parte II – A Diretiva n.º 2017/1852: Noções introdutórias

1. Natureza jurídica

A diretiva foi adotada com o intuito de complementar a CA³³. Estes instrumentos têm em comum o facto de se aplicarem no interior da UE. Todavia, enquanto a diretiva é um instrumento de direito secundário, a CA é um instrumento de direito internacional público (ainda que subscrito exclusivamente por EMs). Isto tem várias implicações: (1) a convenção não tem efeito direto; (2) as suas disposições não podem ser interpretadas ou aplicadas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE); e (3) os EMs podem, a qualquer momento, renunciar à sua aplicação sem que tal constitua uma violação do direito da União.³⁴

A opção de regular esta matéria numa diretiva faz sentido na medida em que respeita os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.³⁵

O princípio da subsidiariedade³⁶ diz-nos que apenas se deve utilizar uma diretiva se não for possível atingir os objetivos em causa unicamente pela atuação dos EMs. Concretamente, está em causa a criação de um sistema eficiente de resolução de litígios entre os EMs, e só assim será possível coordenar sua atuação.

Já o princípio da proporcionalidade³⁷ determina que as previsões da diretiva devem ser indispensáveis e apropriadas. Também aqui faz sentido a existência desta diretiva, p.e. porque insere alterações especificamente dirigidas à correção dos problemas existentes, construindo a partir de outros instrumentos.

Simultaneamente, as diretivas³⁸ permitem aos EMs manter uma certa discricionariedade na transposição do texto, assegurando ainda a obrigação de se cumprir um padrão mínimo de unificação dentro da UE³⁹.

Com a diretiva proceder-se-á à harmonização destas matérias dentro da UE, implementando simultaneamente um sistema de resolução de litígios verdadeiramente obrigatório.

Finalmente, e como decorre do acima referido, a natureza jurídica de uma diretiva permite que esta seja interpretada pelo TJUE aquando de um reenvio prejudicial. Isto

³³ Cfr. parágrafo sete do preâmbulo da diretiva.

³⁴ Vide Govind & Turcan, 2017 e Pistone, 2018.

³⁵ Vide parágrafo 10 do preâmbulo da diretiva. Também sobre os princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade, vide Debelva & Luts, 2017.

³⁶ Cfr. art. 5.º, n.º 3 TUE.

³⁷ Cfr. art. 5.º, n.º 4 TUE.

³⁸ Cfr. art. 288.º e seguintes TFUE.

³⁹ “Directives are more flexible and offer the Member States more leeway regarding their implementation”. Govind & Turcan, 2017.

é importantíssimo, principalmente nos primeiros anos da sua aplicação, em que certos conceitos carecem de clarificação.

2. Relação com outros instrumentos

No momento inicial do procedimento o interessado deve identificar claramente qual o instrumento a que está a recorrer⁴⁰.

Nada na diretiva impede que o interessado, nessa fase inicial, recorra a outro mecanismo de resolução de litígios mais adequado à situação em concreto⁴¹. Caso não conste claramente da reclamação do contribuinte o procedimento que pretende ser aplicável, ou caso este indique um procedimento para o qual a autoridade em causa não tenha competência, a autoridade competente tem um dever de pedir esclarecimentos ao contribuinte, reconduzindo-o para o mecanismo certo⁴².

Optando pela diretiva, o contribuinte deve apresentar a reclamação junto dos vários EMs envolvidos⁴³. Todavia, não pode reclamar simultaneamente a diferentes instrumentos dado que a diretiva determina que a apresentação de uma reclamação implica abdicar de qualquer outro instrumento que esteja a ser utilizado⁴⁴. Tal informação deve ser requerida ao contribuinte⁴⁵.

A modificação do instrumento aplicável após o início do procedimento não é proibida pela diretiva. Contudo, de um ponto de vista processual, é uma atitude redundante que deve ser desaconselhada pelos EMs, devido à dificuldade de articulação entre os vários prazos, direitos e garantias fornecidos em diferentes níveis nos vários instrumentos⁴⁶.

Em suma, ainda que numa fase inicial do procedimento haja a possibilidade de os contribuintes recorrerem a qualquer um dos mecanismos de resolução de litígios, o procedimento da diretiva deve tomar precedência a partir do momento em que o contribuinte decidir utilizá-la⁴⁷. Os vários procedimentos não podem, portanto, correr em paralelo⁴⁸.

⁴⁰ “The affected person(s) must clearly identify the procedures to be used for settling the cross-border dispute. [...] the absence of such indication would undermine the compliance by tax authorities”. *Vide* Pistone, 2018.

⁴¹ “Yet there would be reasons to opt for the EU Tax Arbitration Convention. [...] its rules make It a more suitable instrument to pursue cross border tax dispute settlement on technical matters falling within its scope”. *Vide* Pistone, 2018.

⁴² *Vide idem, ibidem*. Isto decorre também do art. 3.º da diretiva, uma vez que fazer a reclamação nos termos de um instrumento incompetente não é causa da sua rejeição pelas autoridades competentes do EM.

⁴³ Cfr. art. 3.º da diretiva.

⁴⁴ Cfr. art. 16.º n.º 5 da diretiva.

⁴⁵ Cfr. art. 3.º n.º 3 al. f) da diretiva.

⁴⁶ *Vide* Pistone, 2018. O autor defende que é difícil a modificação do instrumento utilizado, quer seja de outro procedimento para o da diretiva, quer o oposto.

⁴⁷ Cfr. Art. 16º n.º 5 da diretiva. *Vide idem, ibidem*.

⁴⁸ “The procedure under the Directive is supposed to take precedence, so cases should not arise with two alternative final and binding decisions”. CFE Fiscal Committee, 2017, p. 353.

3. Escopo da diretiva

3.1. Escopo substantivo

A diretiva abrange os litígios relacionados com a “interpretação e aplicação de acordos e convenções que preveem a eliminação de dupla tributação dos rendimentos e, se aplicável, do capital”⁴⁹.

Trata-se de um âmbito vasto⁵⁰ que, no entanto, requer que os litígios sejam relativos a “convenções ou acordos”⁵¹ entre os EMs⁵².

Isto compreende-se se considerarmos que virtualmente todas as disputas sobre dupla tributação surgem no âmbito destes diplomas interestaduais. Contudo, dado que a própria CA não fazia esta limitação, somos da opinião de que o sentido desta redução se perde ligeiramente.

A diretiva é ainda suscetível de resolver questões para as quais não houve solução no âmbito do procedimento proposto pela CA, uma vez que esta é também, em si, uma convenção⁵³. A dupla tributação em casos de correção de preços transfere-se de facto como uma dupla tributação de rendimento, decorrente de uma convenção entre EMs, ainda que eles apenas se relacionem através de um instrumento de direito internacional público. Como tal, insere-se no escopo da diretiva.

Isto não conflitua com a ideia base de que o TJUE não pode intervir na interpretação da CA, na medida em que a sua intervenção nesta eventual situação seria dirigida à interpretação da diretiva.⁵⁴

Porém, ainda que uma análise mais aprofundada nos obrigue a reconhecer estas insuficiências relativas ao escopo da diretiva, isso não significa que esta tenha apresentado desenvolvimentos negativos em relação à CA. Pelo contrário, a sua extensão aumentou de modo exponencial, algo que temos forçosamente de considerar positivo.

3.2. Escopo objetivo e “questão litigiosa”

O escopo objetivo da diretiva abrange todos os impostos sobre o rendimento e sobre o capital^{55 56} compreendidos no âmbito de CDTs⁵⁷. A diretiva faz uma referência genérica a estes impostos, não individualizando quais os que estão concretamente incluídos no escopo⁵⁸.

⁴⁹ Cfr. art. 1.º da diretiva.

⁵⁰ Sendo mais amplo do que o da CA, reservado a questões relativas a preços de transferência.

⁵¹ Cfr. art. 1.º da diretiva.

⁵² Comparativamente com a CA, esta vertente encontra-se mais reduzida, porque nesse diploma não havia esta limitação. *Vide* Pistone, 2018.

⁵³ *Vide idem, ibidem.*

⁵⁴ *Vide idem, ibidem.*

⁵⁵ “A crucial element of the Proposed Directive [...] is the extension of the scope of relevant disputes to include all taxpayers that are subject to taxes on income and capital under tax treaties and the Convention”. CFE Fiscal Committee, 2017, p. 352.

⁵⁶ Na Lei n.º 120/2019, de 19 de setembro, o legislador português optou por utilizar a expressão “impostos sobre o rendimento e sobre o património”.

⁵⁷ Cfr. art. 1.º da diretiva.

⁵⁸ Este modelo diverge ainda do seguido na CA e noutras diretivas como, p. e., a diretiva Mães-Afiliadas. Também o projeto da diretiva fazia uma limitação aos impostos referidos em anexo. O abandono desta conceção foi, aos nossos olhos, uma opção sensata, pois deixa de suscitar discussões sobre quais os tipos de isenções que desconsideram a sujeição ao imposto. *Vide* Debelva & Luts, 2017, secção 2.2.2.

Este mecanismo de referência mais generalizada é também parcialmente adotado na CM da OCDE e da ONU⁵⁹. No IM, farão parte do seu escopo todas as situações não resolvidas nos termos da convenção bilateral em causa⁶⁰.

Todavia, a diretiva não só se refere a estes impostos, como também à existência de uma “questão litigiosa”. A interpretação deste conceito deve ser feita à luz do restante texto do art. 1.º, bem como dos princípios gerais expressos no preâmbulo da diretiva⁶¹. Assim sendo, surge quando temos uma dificuldade na interpretação ou aplicação das CDTs.

Dupla tributação é definida de modo abrangente⁶². O conceito inclui situações em que haja um pagamento adicional de imposto, mas também situações em que haja diminuição de passivos ou redução de prejuízos. Por outras palavras, basta que o contribuinte tenha sido colocado numa situação em que está prejudicado a nível fiscal.⁶³

Notemos ainda que, diferentemente do que acontece na CA, o objetivo não é expressamente eliminar a dupla tributação, mas sim resolver a questão litigiosa⁶⁴. Isto está em concordância com a interpretação que acabámos de fazer.

3.3. Escopo pessoal

Os mecanismos da diretiva podem ser invocados por todos os sujeitos que sejam residentes num EM⁶⁵. Têm de ser sujeitos de um dos impostos previstos no escopo objetivo, bem como estar perante uma “questão litigiosa”.

Neste âmbito, importa assinalar que as pessoas singulares também podem recorrer a este mecanismo⁶⁶.

⁵⁹ Esta, no seu art. 2.º, faz referências genéricas aos impostos sobre o rendimento e sobre o património (n.º 1), salvaguardando a possibilidade de estes serem substituídos futuramente (n.º 4), mas também dá opção aos Estados de determinar especificamente os impostos em causa (n.º 3).

⁶⁰ “Cases become eligible for arbitration if [...]: the relevant taxpayer [...] submitted a request for the initiation of a MAP under a CTA on the basis that actions [...] have resulted (for the taxpayer) in taxation that is not in accordance with the provision of the CTA; and the competent authorities involved were unable to reach an agreement [...] under the MAP”. Pit, 2017, pp. 572 e 573.

⁶¹ Cfr. parágrafo dois (“É necessário que existam mecanismos na União que garantam uma resolução eficaz dos litígios [...] em especial no que se refere aos litígios que dão origem a uma dupla tributação”) e seis (“A resolução de litígios deverá ser aplicável nos casos de diferenças na interpretação e aplicação das convenções fiscais bilaterais e da CA da União – em particular às diferenças [...] que dão origem a uma dupla tributação”).

⁶² Cfr. art. 2.º n.º 1 al. c) da diretiva.

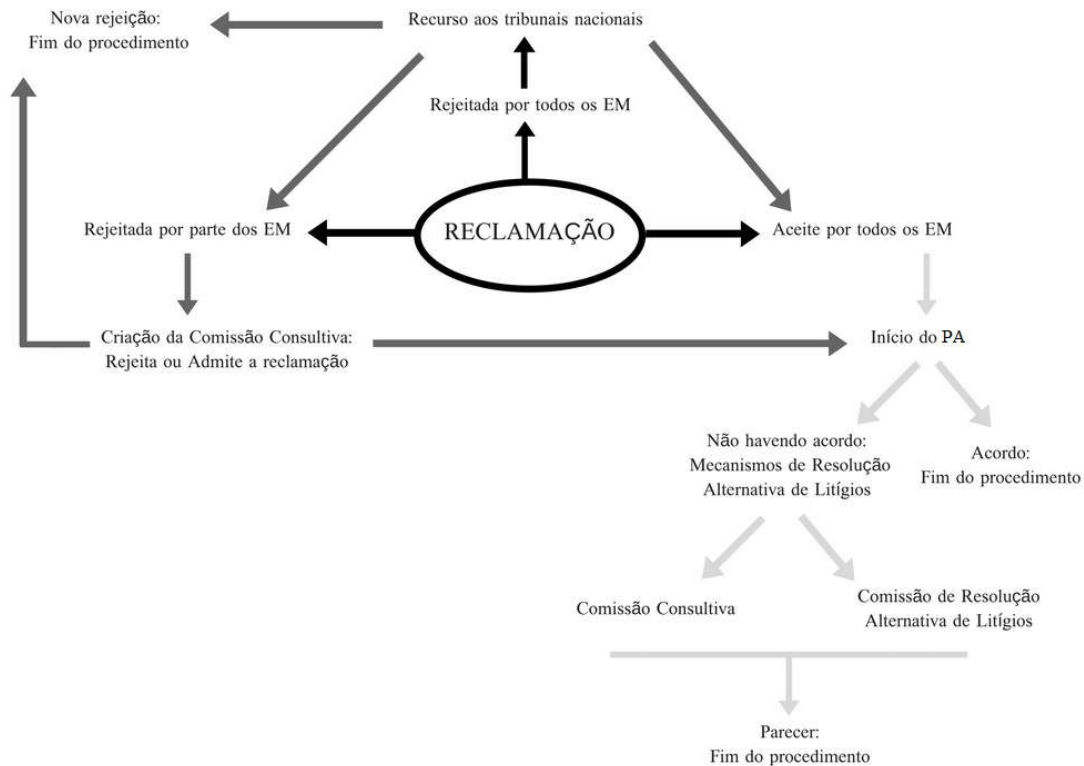
⁶³ Por sua vez, a Lei n.º 120/2019, de 19 de setembro, que transpõe a diretiva para o ordenamento jurídico português, define o que considera não ser dupla tributação para efeitos da questão litigiosa (*vide* Capítulo IV).

⁶⁴ “Unlike all other instruments, the (...) Convention specifically pursues the elimination of double taxation. [...] The formulation of the [...] Directive is not so explicit about this goal, though still sets an obligation to resolve the question in dispute”. Pistone, 2018.

⁶⁵ Cfr. art. 2.º al. d) da diretiva.

⁶⁶ Cfr. art. 2.º n.º 1 al. d), e art. 17.º da diretiva.

4. Procedimento



Este esquema⁶⁷ expressa sucintamente como a reclamação, o PA e o procedimento de RAL se articulam entre si na diretiva.

O procedimento inicia-se com uma reclamação da parte do contribuinte⁶⁸, a qual deve ser apresentada a todos os EMs envolvidos, no prazo de três anos a partir da primeira notificação. Esta tem de ser acompanhada de uma justificação e explicação dos factos.

Esta reclamação pode ser: (1) aceite por todos os EMs; (2) rejeitada por parte deles; ou (3) rejeitada por todos. Nas últimas duas situações, o contribuinte pode recorrer aos tribunais nacionais ou a uma CC que afira da admissibilidade da reclamação⁶⁹.

Caso seja concedido acesso ao PA (diretamente ou através da CC), as autoridades competentes dos EMs em questão devem procurar chegar a um acordo⁷⁰.

Caso tal não aconteça, o contribuinte pode solicitar que a questão siga para o procedimento de RAL ao abrigo da CC⁷¹, tendo o EM a discricionariedade de constituir, em seu lugar, uma Comissão de Resolução Alternativa de Litígios⁷². Tal terminará com um parecer da comissão em questão, vinculativa para o EM, mas sujeita à aceitação do contribuinte.

⁶⁷ Baseado em Debelva & Luts, 2017, secção 2.3.1.1.

⁶⁸ Cfr. art. 3.º da diretiva.

⁶⁹ Cfr. art. 6.º n.º 1 da diretiva. Veremos *infra* como é que se sucedem estas hipóteses.

⁷⁰ Cfr. art 6.º n.º 2 da diretiva.

⁷¹ Cfr. art. 6.º n.º 1 al. b).

⁷² Cfr. art. 10.º da diretiva.

Os EMs podem ainda, no prazo de seis meses, decidir diferentemente do parecer da CC ou da CRAL⁷³. Essa alteração não aparece esquematizada *supra* na medida em que já pertence à discricionariedade dos EMs. Caso tal aconteça a decisão dos EMs torna-se vinculativa. No entanto, continua sujeita à aprovação do interessado.

Nas próximas secções faremos uma exposição mais detalhada de cada uma destas fases, a qual será acompanhada da necessária análise crítica.

Capítulo III – Análise crítica da Diretiva n.º 2017/1852

1. O procedimento amigável

1.1. Acesso ao procedimento amigável (fase unilateral)

Esta primeira fase do PA diz respeito ao tratamento que as autoridades competentes devem dar à reclamação do contribuinte.

Nos termos do regime previsto pela diretiva, as autoridades competentes apenas podem rejeitar a reclamação quando esta: (1) não inclua todas as informações exigidas; (2) não se refira a uma “questão litigiosa”; ou (3) não tenha sido interposta dentro do prazo.⁷⁴

Introduzem-se mecanismos que têm em vista assegurar o rápido andamento do procedimento. A título de exemplo, a resposta à reclamação – seja negativa ou positiva – deve ser obrigatoriamente notificada dentro de seis meses⁷⁵. Na ausência de resposta sobre a aceitação ou não da reclamação esta considera-se aceite tacitamente.⁷⁶ Tal aceitação é um poderoso incentivo para que exista uma efetiva resposta por parte das AT.

Outro dos grandes problemas no acesso ao PA acontecia quando a rejeição da reclamação era feita por alguma(s) ou por todas as autoridades relevantes. Em consequência, o procedimento ficava suspenso durante tempo indefinido. A diretiva criou mecanismos de solução destas questões.

Em primeiro lugar, se a reclamação for rejeitada por apenas parte das autoridades envolvidas, o contribuinte tem o direito de requerer a criação de uma CC para aferir da admissibilidade da questão. Nesta situação, os EMs estão obrigados à constituição dessa comissão⁷⁷ no prazo de 120 dias a contar da receção do pedido⁷⁸. Incumprindo as autoridades este prazo, o contribuinte pode recorrer aos tribunais nacionais para que estes nomeiem os membros da CC⁷⁹. Estando esta regularmente constituída, emite parecer sobre a admissibilidade da questão antes de se atingir um prazo de seis meses, e comunica-o às autoridades competentes dentro de um prazo de três meses⁸⁰.

⁷³ Cfr. art. 15.º n.º 2 da diretiva.

⁷⁴ Os motivos de rejeição da reclamação são então taxativos, e encontram-se elencados no art. 5.º n.º 1 da diretiva.

⁷⁵ Cfr. art. 3.º n.º 5 da diretiva. No mesmo sentido, “A taxpayer’s complaint is to be decided (accepted or rejected) within six months of receipt of all specified information by the competent authorities”. Snodgrass, 2017, secção 3.1.

⁷⁶ Cfr. art. 5.º n.º 2 da diretiva.

⁷⁷ Esta atua nos termos do art. 6.º n.º 1 a) e 6.º n.º 2 da diretiva, e não ainda com o objetivo de resolver o litígio de modo alternativo (como veremos que acontece quando se avança para a fase de RAL).

⁷⁸ Devendo o interessado ser notificado logo que esta esteja constituída, cfr. art. 6.º, n.º 1, último parágrafo, da diretiva.

⁷⁹ Cfr. art. 7.º n.º 1 da diretiva.

⁸⁰ Cfr. art. 6.º n.º 1, último parágrafo, da diretiva.

Em segundo lugar, se a reclamação for rejeitada por todas as autoridades competentes, o contribuinte pode recorrer dessa decisão aos tribunais nacionais dos EMs envolvidos, podendo: i) iniciar-se o PA (se os tribunais nacionais determinarem a aceitação); ii) criar-se uma CC nos termos acima enunciados (se nem todos os tribunais determinarem a aceitação), ou; iii) terminar-se o processo (se todos os tribunais nacionais confirmarem a rejeição).⁸¹

Estas medidas aumentam a probabilidade de o contribuinte ver a questão litigiosa resolvida⁸², bem como asseguram a eficácia e rapidez do procedimento⁸³. É o caso, p.e., da possibilidade de aceitação tácita da reclamação, dos prazos, dos mecanismos de garantia, e o facto de os EMs não poderem rejeitar as reclamações arbitrariamente.

Em suma, os EMs podem aceitar ou não a reclamação, mas esta discricionariedade não frustra a possibilidade de o contribuinte obter uma resposta adequada à sua pretensão⁸⁴.

1.2. Desenvolvimento do procedimento amigável (fase consultiva)

Caso a reclamação seja aceite, inicia-se a fase consultiva de atuação das autoridades competentes durante o PA.

A diretiva prevê expressamente um prazo de dois anos para a resolução do PA, o qual pode apenas ser prorrogado por um ano⁸⁵. Apesar de continuar a redundar numa mera obrigação de meios, estabelece-se um prazo máximo para a resolução da questão⁸⁶.

No caso de os EMs não chegarem a uma solução dentro deste prazo, devem notificar o contribuinte disso mesmo⁸⁷, explicando as razões para tal desacordo⁸⁸. Todavia, uma insuficiência que aqui encontramos é a inexistência de um prazo específico para estas notificações acontecerem⁸⁹.

⁸¹ Cfr. art. 5.º n.º 3 da diretiva.

⁸² “These clear deadlines and fall-back mechanisms will allow companies to effectively prevent competent authorities from blocking access to MAP”. Wiertsema, 2017, secção. 4.2.1.2.

⁸³ De modo geral, a atuação das autoridades competentes deve ser adequada e suficiente para se levar a cabo o PA. Esta é uma manifestação do segundo padrão mínimo previsto na ação 14 do projeto BEPS, cujo objetivo é melhorar os mecanismos de resolução de litígios, em concreto o PA. Este padrão prevê a existência de meios administrativos apropriados para se poderem resolver e prevenir as disputas entre os Estados. Este aspeto terá de ser principalmente concretizado no âmbito de cada transposição feita pelos EMs, mas podem ser vistas ao longo do texto da diretiva várias referências às responsabilidades e direitos das autoridades competentes. *Vide* Markham, 2016, pp. 87-91.

⁸⁴ Este fácil acesso ao PA permite cumprir com o terceiro padrão mínimo previsto pelo projeto BEPS, que prevê a garantia de acesso ao PA com maior transparência e simplicidade. É um dos padrões com mais expressão na diretiva. *Vide* Markham, 2016, pp. 90 e 91.

⁸⁵ Cfr. art. 4.º n.º 1 da diretiva.

⁸⁶ Esta é uma das situações em que podemos ver concretizado o cumprimento do primeiro padrão mínimo da Ação 14 do Projeto BEPS, que determina que seja feita pelos Estados uma implementação de boa fé das obrigações do PA. *Vide* Markham, 2016, pp. 85 e 86.

⁸⁷ Cfr. art. 3.º n.º 4 da diretiva.

⁸⁸ Esta garantia já tinha sido previamente reconhecida como necessária pela doutrina, relativamente às convenções bilaterais: “We believe that the reasons for which tax authorities are unable to reach a satisfactory solution should be included in a formal notice to the taxpayer. Such document should [...] indicate the different positions as compared to that held by tax authorities”. Baker & Pistone, 2016, p. 341.

⁸⁹ “The [Directive] remains silent on the deadline for notifying the taxpayer in the event of a failure to reach an agreement under the MAP. This could potentially result in competent authorities blocking the arbitration stage by not sending the notification in a timely manner”. Voje, 2018, secção 2.3.

A possibilidade de extensão do prazo por um ano representa uma melhoria em relação à CA, uma vez que é preferível resolver o litígio através de PA pelo facto de demorar menos tempo e ser mais barato. O IM também prevê a possibilidade de os Estados estenderem o prazo de dois para três anos, bem como de colocarem uma reserva para o PA ter, regra geral, uma duração de três anos⁹⁰.

Considerando a importância de tudo isto, somos da opinião de que faria sentido poder estender o PA apenas caso se estivesse perto de uma solução, i.e., se já não fizesse sentido recorrer à RAL porque se encontrava essencialmente resolvida, pois reiniciar aqui toda a discussão seria redundante. Diferentemente, já não faria sentido permitir o alargamento deste prazo se os EMs não estiverem perto de atingir um consenso e a única solução possível for a RAL, caso contrário as autoridades competentes abusariam desta prerrogativa.

Eventualmente o TJUE poderá interpretar este artigo, especificando quais as justificações consideradas como válidas para a extensão do prazo do PA⁹¹.

Chegado o termo do prazo, a questão deve ser obrigatoriamente reconduzida para arbitragem⁹². Isto acontece também a pedido do contribuinte, nos mesmos prazos e sob as mesmas circunstâncias analisadas *supra* para a constituição da CC⁹³.

Alternativamente à criação de uma CC, a autoridade competente tem a possibilidade de constituir uma CRAL⁹⁴ com o mesmo fim.

1.3. Garantias na implementação do procedimento amigável (fase final)

Caso os EMs cheguem a acordo durante o PA, todas as autoridades envolvidas têm a obrigação de notificar o contribuinte “sem demora”⁹⁵ desse resultado. Também aqui se estabelecem garantias para que os contribuintes se mantenham informados sobre o andamento do procedimento, e sobre os direitos que estes têm aquando de uma decisão⁹⁶, ainda que o prazo para a notificação não esteja estabelecido em concreto.

A deliberação tem efeito vinculativo em relação ao EM, mas o interessado pode não a aceitar. Caso aceite, a decisão deve ser aplicada “sem demora, independentemente dos prazos fixados pelo direito interno”⁹⁷ pela autoridade competente do EM, mais uma vez deixando o prazo em aberto.

Em nossa opinião, a diretiva deveria ter definido estes prazos, ainda que fossem curtos, tanto no caso da notificação do contribuinte sobre o resultado do PA, como para a sua integração nos EMs (e, bem assim, em todas as situações em que está previsto

⁹⁰ Vide Pit, 2017, pp. 374 e 375.

⁹¹ “One may not exclude that the CJEU interprets the conditions for the extension in line with the object and purpose of the Directive and as an exceptional circumstance that should not unduly extend the time for settling the cross border tax dispute” *Idem, ibidem*, secção 8.5.1.4.

⁹² Por forma a chegarem a uma decisão nos termos do art. 14.º da diretiva.

⁹³ Cfr. art. 6.º n.º 1 al. b) e n.º 3 da diretiva.

⁹⁴ Cfr. art. 10.º da diretiva.

⁹⁵ Cfr. art. 4.º n.º 2 da diretiva.

⁹⁶ Cfr. art. 4.º n.º 2 da diretiva.

⁹⁷ Cfr. art. 4.º n.º 2, última frase, da diretiva.

este prazo incerto de “sem demora”). Na sua atual redação, abre-se desnecessariamente espaço para um diferimento da aplicação do PA⁹⁸.

A CC tem também discricionariedade para decidir quando considera que o PA elimina a dupla tributação⁹⁹. Isto faz pouco sentido se considerarmos que a proposta da diretiva incluía esta definição¹⁰⁰ exatamente nos mesmos termos em que estava na CA, e foi eliminada.

1.4. Relação com os tribunais domésticos

Em primeiro lugar, o contribuinte pode recorrer aos tribunais domésticos no caso de a sua reclamação ser rejeitada por todos os EMs envolvidos no litígio¹⁰¹. Esta possibilidade dá-lhe garantias de que o processo não ficará pendente, nem será recusado por motivos injustos ou injustificados.

Porém, se o contribuinte recorrer aos tribunais nacionais nestes termos estará proibido de pedir a criação de uma CC na pendência do recurso¹⁰². Isto é coerente com a necessidade de existir segurança jurídica na aplicação da diretiva. No entanto, abre uma porta para os EMs poderem escapar às suas obrigações indefinidamente e evitarem que os direitos dos contribuintes surtam efeito, porque a criação de uma CC é impossível¹⁰³ até se obter uma decisão¹⁰⁴ da parte de todos os EMs envolvidos.

Em segundo lugar, a diretiva prevê a possibilidade de o contribuinte recorrer aos seus procedimentos em simultâneo com uma ação doméstica relativa à questão litigiosa¹⁰⁵, ou inclusive em simultâneo com um recurso dessa decisão¹⁰⁶.

Todavia, se o contribuinte recorrer aos tribunais domésticos nestes termos, os prazos para o início e término do PA só começam a contar a partir do momento em que o acórdão transite em julgado, ou em que o processo seja concluído definitivamente ou suspenso¹⁰⁷. Nestes termos, há entraves à adequada articulação dos processos dos tribunais domésticos com os procedimentos da diretiva, uma vez que o contribuinte nunca pode efetivamente utilizar ambos os meios em simultâneo¹⁰⁸.

Adicionalmente, na maioria dos EMs a decisão que for tomada pelo tribunal doméstico não pode ser posteriormente afastada¹⁰⁹. Caso estejamos perante uma situa-

⁹⁸ “‘Without delay’ might of course be understood differently in different Member States”. Voje, 2018, secção 2.3.

⁹⁹ Ao contrário do que acontecia na CA, cfr. o seu art. 14.º, que previa os requisitos para a eliminação da dupla tributação.

¹⁰⁰ No seu art. 4.º n.º 2.

¹⁰¹ Cfr. art. 5.º n.º 3 da diretiva.

¹⁰² Até trânsito em julgado.

¹⁰³ Cfr. art. 6.º, n.º 1, segundo parágrafo, da diretiva.

¹⁰⁴ Vide Pistone, P. (2018), *op. cit.*, secção 8.6.

¹⁰⁵ Cfr. art. 16.º, n.º 1 da diretiva.

¹⁰⁶ Cfr. art. 16.º, n.º 3 da diretiva.

¹⁰⁷ Cfr. art. 16.º, n.º 3 da diretiva.

¹⁰⁸ “The [directive] adds that the terms of periods for the start [...] and completion [...] of the mutual agreement procedure are to be computed from the moment of a final judicial decision, of the equivalent conclusion of a judicial procedure or its suspension”. Pistone, 2018, secção 8.6.

¹⁰⁹ Apenas permitem afastamento das decisões a Alemanha, a Finlândia, os Países Baixos, a Suécia e o Reino Unido. Vide Voje, 2018, secção 3.3.3.

ção em que este afastamento não possa acontecer, as consequências para o procedimento dependerão da fase em que este estiver¹¹⁰:

- (a) antes de se chegar a acordo, notificam-se as autoridades competentes e extingue-se o PA;
- (b) antes de se constituir a CC encarregue da resolução do litígio, mas já tendo falhado a obtenção do acordo, notificam-se as autoridades competentes e cessa o direito de se criar essa comissão;
- (c) quando já se está na fase de RAL, notificam-se as autoridades envolvidas no litígio e extingue-se o procedimento.

Em nossa opinião, na situação (a), o acesso ao PA torna-se virtualmente impossível, pois na maioria dos EMs não é possível o afastamento das decisões do tribunal doméstico. Neste caso, a questão litigiosa só poderá ser resolvida por essa decisão interna. Já nos EMs em que se pode afastar a decisão, o contribuinte pode continuar a recorrer ao PA como forma de salvaguardar que a dupla tributação ficou de facto resolvida¹¹¹, sendo o procedimento mais moroso nesta situação.

Nos casos de (b) e (c) fica em causa o acesso à RAL. Esta é uma fase que, pelas suas características, oferece ao contribuinte uma maior possibilidade de participar na resolução da questão, bem como permite utilizar mais métodos para obter uma boa decisão¹¹². Por todos estes motivos, impedir o contribuinte de aceder à RAL equivale a retirar-lhe um direito essencial que a diretiva pretende atribuir.

Em suma, ainda que haja uma regra geral que permita expressamente recorrer em simultâneo aos procedimentos da diretiva e aos tribunais domésticos, isto por vezes não é possível¹¹³. Mesmo quando é, pode ser muito desvantajoso exercer este direito¹¹⁴.

Somos da opinião que estes mecanismos apenas têm o efeito pretendido no caso de o contribuinte optar por primeiro utilizar o PA, e apenas depois utilizar os mecanismos internos como forma de recurso de uma decisão insatisfatória.¹¹⁵

¹¹⁰ Cfr. art. 16.º, n.º 4, al. a) a c) da diretiva.

¹¹¹ Wiertsema, 2017, secção 4.2.1.4.

¹¹² Como são a mediação e a conciliação, que nesta fase servem para resolver a questão litigiosa de modo vinculativo, bem como as duas modalidades de arbitragem constantes da diretiva (nomeadamente a arbitragem de parecer independente e a arbitragem de oferta definitiva).

¹¹³ “Although the rules on the simultaneous application of remedies are somewhat more detailed under the Directive compared to the Arbitration Convention, effective simultaneous application of both remedies remains unavailable”. Wiertsema, 2017, secção 4.2.1.4.

¹¹⁴ “The rule would place taxpayers at a disadvantage and would appear to be unnecessarily strict”, em Govind & Turcan, 2017), secção 3.4.

¹¹⁵ “The taxpayer [...] has to make a strategic decision as to which procedure to choose and initiate. A preferred option might be to opt for a MAP and then, in the event the taxpayer is not satisfied with the agreement reached, pursue domestic legal remedies if the taxpayer feels the outcome would be more beneficial”. Voje, 2018.

2. Fase de resolução alternativa de litígios

2.1. Obrigatoriedade

Findo o prazo de dois anos¹¹⁶ sem que os EMs cheguem a um acordo no PA, o contribuinte tem o direito de requerer a continuação da discussão em sede de procedimento de RAL, quer pela criação de uma CC quer pela criação de uma CRAL¹¹⁷.

A diretiva é pioneira neste aspeto, uma vez que a CM da OCDE ou da ONU apenas apresentam a opção de a arbitragem ser obrigatória, sendo necessário que esta seja expressamente adotada nas convenções bilaterais. Também no IM é necessário que esteja prevista expressamente. Os Estados podem não adotar esta obrigação, podem escolher quais os litígios que podem ou não ser submetidos a arbitragem, bem como não optar, na íntegra, pela Parte IV do IM¹¹⁸. Já em termos da diretiva, a base para esta conceção surge com o art. 7.º da CA, que prevê a RAL como automática.

Esta obrigação de prosseguimento do processo em sede de arbitragem assume-se como essencial para o estabelecimento de um mecanismo de RAL efetivamente eficaz dentro da UE. Ainda que deva depender de um uso exaustivo do PA, deve sempre ser obrigatória a criação casuística de um conjunto de elementos para resolver os conflitos em causa¹¹⁹.

2.2. Prazos

Nesta fase, as autoridades também têm um prazo de 120 dias para constituir a CC¹²⁰. Do mesmo modo, também podem recorrer aos tribunais nacionais para efetuarem essa constituição em caso de falha da parte dos EMs¹²¹.

Todos estes mecanismos constituem inovações importantes na medida em que, ainda que a CA também previsse prazos para a nomeação dos árbitros¹²², não previa um mecanismo que assegurasse isto¹²³. Já o IM está configurado, neste aspeto, de modo semelhante à diretiva¹²⁴.

Também existe um prazo para a comunicação do parecer final da comissão, que é de seis meses, eventualmente podendo ser adiado por mais três. Todavia, este alargamento do prazo tem de se comunicar aos EMs e aos interessados¹²⁵.

¹¹⁶ Ou três anos, caso as autoridades competentes exerçam a opção do art. 4.º, n.º 1, segundo parágrafo, da diretiva.

¹¹⁷ Esta possibilidade manifesta o quarto padrão mínimo previsto pelo projeto BEPS: assegurar que os conflitos são de facto resolvidos após iniciado o PA; isto pode então acontecer pelo procedimento natural, ou através deste meio alternativo. *Vide* Markham, 2016, pp. 91 a 94.

¹¹⁸ *Vide* Pit, 2017, pp. 571 e 572.

¹¹⁹ “The compulsory arbitration proposed should be structured to complement the mutual agreement procedure, since a matter may only be submitted to arbitration after exhausting [it]”. Ribes, 2002, p. 403.

¹²⁰ Tanto a CC como a CRAL podem ser criadas nesta fase alternativamente, nos termos do art. 10.º da diretiva.

¹²¹ Cfr. art. 7.º da diretiva.

¹²² O prazo de criação da comissão está previsto no art. 7.º, n.º 1 da CA.

¹²³ “The EU Arbitration Convention does not include a provision as what procedure to follow if the EU Member States fail to meet its obligation to establish the advisory commission”. Pit, 2015, p. 19.

¹²⁴ “Article 20(3) and (4) of the MLI includes a default mechanism when one or both of the competent authorities involved fails to appoint their arbitrators [...]. The reason for such a default mechanism is to avoid any delays in resolving the case in question”. Pit, 2017, p. 577.

¹²⁵ Cfr. art. 14.º, n.º 1 da diretiva.

Por fim, após a decisão, as autoridades competentes podem chegar a um acordo divergente da solução dada pela RAL, num prazo de seis meses¹²⁶. As autoridades têm ainda trinta dias para notificar o contribuinte sobre a decisão definitiva – seja esta o parecer da comissão ou a conclusão divergente a que chegaram – que está sujeita à aceitação do contribuinte¹²⁷. Caso não façam nada nesses seis meses, o parecer da comissão torna-se vinculativo e terá de ser implementado pelos EMs num prazo de 60 dias¹²⁸.

Este prazo para os Estados adotarem uma decisão divergente do parecer da comissão já existia na CA¹²⁹, e somos da opinião de que constitui um elemento meramente simbólico da soberania dos EMs¹³⁰. Se considerarmos que, antes de se chegar a esta fase de RAL, foi necessária uma fase prévia de PA em que um consenso não foi atingido ao longo de dois ou três anos, um novo período de seis meses não deverá levar a nenhum novo acordo entre os EMs.

Ora, os EMs podem deter um elemento de verificação da correção do parecer das comissões, mas o prazo de seis meses estabelecido nestes termos é suscetível de levar a abusos meramente dilatórios da parte dos EMs, que podem simplesmente não querer aceitar uma decisão que lhes é desfavorável.

Uma alternativa poderia ser estabelecer um prazo mais curto, tornando o procedimento mais célere. Isto porque a decisão é adiada em prejuízo do contribuinte, que fica mais tempo sem saber qual a decisão em concreto.

Também faria sentido que os EMs apenas pudessem divergir do parecer por motivos tipificados, como os casos em que houvesse casos de corrupção ou abuso de poder na constituição ou atuação das CCs ou CRALs¹³¹.

Finalmente, podemos arguir que a responsabilidade de verificar a decisão tomada pelas comissões poderia caber a uma terceira instância¹³².

2.3. O papel das comissões

A CC tem uma função dupla. Inicialmente, o contribuinte faz o pedido da sua constituição para se aferir da admissibilidade da sua reclamação. Posteriormente, este requer a sua constituição no âmbito da RAL, podendo os EMs intervir neste ponto e criar alternativamente uma CRAL com o mesmo fim.

As competências da CC e da CRAL são distintas.

A CRAL pode utilizar de modo vinculativo outros meios que não a arbitragem para resolver o litígio, p.e., a mediação ou a conciliação¹³³. Esta facilita a atuação das comissões, pois, à semelhança do que acontece com a arbitragem, permite recorrer a indivi-

¹²⁶ Cfr. art. 15.º, n.º 2 da diretiva.

¹²⁷ Cfr. art. 15.º, n.º 3 da diretiva.

¹²⁸ Cfr. art. 15.º, n.º 4 da diretiva.

¹²⁹ No seu art. 12.º, n.º 1, segundo parágrafo.

¹³⁰ “This ‘renegotiation period’ seems a mere relic from the past because it was introduced in the Arbitration Convention in order to facilitate political adoption at the time”. Wiertsema, 2017, secção 5.2.

¹³¹ Vide Rust, 2016, pp. 377-386.

¹³² Vide Rust, 2016, secção 16.5. Esta hipótese será tida em conta infra, aquando de uma discussão teórica sobre a eventual criação de um tribunal arbitral dentro da UE, seja essa o TJUE ou um tribunal independente.

¹³³ Cfr. art. 10.º, n.º 2, segundo parágrafo, que é reforçado pelo ponto seis do preâmbulo da diretiva.

duos especializados em matérias não jurídicas, simultaneamente respeitando a soberania dos EMs¹³⁴.

Além do uso de diferentes técnicas, estão à disposição da CRAL o uso da arbitragem de parecer independente e da arbitragem de oferta definitiva.

No processo de parecer independente os árbitros têm liberdade para determinar várias soluções possíveis para a questão litigiosa, o que permite um diálogo suscetível de levar à decisão mais correta. É este o procedimento que a diretiva prevê por defeito.

Diferentemente, o processo de oferta definitiva reduz as opções dos árbitros às que-las propostas pelas autoridades competentes envolvidas no litígio, sendo por isso mais célere¹³⁵.

As comissões podem ser constituídas por um máximo de nove elementos¹³⁶, o que implica uma maior possibilidade de discussão dos termos da decisão, um maior número de perspectivas e uma representação mais expressiva da parte dos EMs. Todas estas são características relevantes para uma arbitragem que, por defeito, é de parecer independente¹³⁷. Por outro lado, um número elevado de membros implica maiores custos e demoras no procedimento, e maior complexidade processual da parte dos Estados na escolha dos elementos da comissão¹³⁸.

Face a um número tão elevado de membros¹³⁹, torna-se absurda a impossibilidade de o contribuinte escolher os elementos das comissões. Tendo em conta que a diretiva procura aumentar os direitos do contribuinte, e que, simultaneamente, aumenta o número de elementos que as comissões decisivas têm, é incoerente não permitir ao interessado intervir na criação do painel que vai decidir a sua questão litigiosa.

Por último, é necessário referir as situações em que os EMs se podem escusar da obrigação de criar a CC ou CRAL, mesmo que o contribuinte a tenha requerido. Isto acontece caso “tenham sido impostas pelo Estado Membro sanções por infrações [...] por fraude fiscal, falha intencional ou negligência grave”¹⁴⁰.

Ora, um conceito desta natureza assim descrito pode dar origem a interpretações muito diferentes consoante o acordo ou convenção em causa, e consoante a lei do EM envolvido na disputa¹⁴¹.

A solução para esta questão poderá passar pela jurisprudência do TJUE: face a um reenvio prejudicial, este Tribunal deverá utilizar a oportunidade para interpretar estas expressões de modo vinculativo para todos os EMs¹⁴².

¹³⁴ Vide Sidhu, 2014, p. 595.

¹³⁵ Em suma: “last final offer’ arbitration, where each competent authority submits a proposed resolution that provides only the tax payable or applicable tax rate proposed by themselves and the panel renders a decision based on either position [...]. [...] ‘independent opinion’ arbitration, where the panel decides the issue based on facts and applicable law [...] supported by references”. Govind & Turcan, 2017, secção 2.1.2.2.

¹³⁶ Cfr. art. 8.º, n.º 1 da diretiva.

¹³⁷ Cfr. art. 10.º, n.º 1, segundo parágrafo, primeira parte, da diretiva.

¹³⁸ Govind & Turcan, 2017, secção 3.4.

¹³⁹ Comparativamente, podemos ver que as CM da ONU e da OCDE propõem apenas três membros na fase de RAL e que propõem apenas a arbitragem de parecer independente. Já no IM, o tipo de arbitragem utilizado dependerá da opção e do acordo das partes.

¹⁴⁰ Cfr. art. 16.º, n.º 6 da diretiva.

¹⁴¹ Vide Wiertsema, 2017, secção 4.2.1.5.

¹⁴² Vide *idem*, *ibidem*.

3. Outros

3.1. Confidencialidade dos procedimentos

Na diretiva, tanto o PA como o procedimento de RAL são confidenciais, ainda que os efeitos e características dessa confidencialidade sejam distintos¹⁴³.

No procedimento de RAL, a intervenção do contribuinte está protegida pois as informações partilhadas são tratadas como confidenciais. Todos os elementos presentes nesta fase do procedimento – i.e., os árbitros, as personalidades independentes e os interessados – estão obrigados a um dever de sigilo, sob pena de serem sancionados pelos EMs envolvidos¹⁴⁴ ¹⁴⁵. O sujeito tem assim os seus dados protegidos em relação a terceiros, tendo ainda assim acesso constante às informações que lhe são relevantes.

Opostamente, a confidencialidade no PA diminui os direitos do interessado. A natureza interestadual e diplomática deste procedimento leva a que nenhuma disposição da diretiva preveja que qualquer informação seja dada ao contribuinte¹⁴⁶. De facto, apenas se prevê um prazo máximo para se atingir a resolução, e uma obrigação de notificar o interessado depois de tomada dessa decisão¹⁴⁷. Também no que diz respeito à atuação da CC, não se prevê que o contribuinte deva ser mantido a par da discussão, apenas se prevendo os prazos para as decisões e para a sua criação¹⁴⁸.

Esta falta de transparência do PA apresenta-se ainda como um problema, pois desencoraja o contribuinte de recorrer a este mecanismo. O PA seria mais acessível se as partes pudessem ter acesso direto às informações, e garantias de transparência¹⁴⁹, podendo a solução para esta questão passar por uma maior abertura ao contribuinte nesta fase.

No geral, seria importante manter coerência no que toca aos direitos de informação de que o contribuinte dispõe ao longo do restante texto da diretiva.

3.2. A decisão

Ainda que o procedimento seja confidencial, a diretiva assegura a publicidade das decisões. Essa publicidade garante que a arbitragem transmite uma imagem credível aos contribuintes, bem como assegura a transparência e segurança jurídicas¹⁵⁰. Todavia, também deve ser tido em consideração o respeito pela privacidade dos interessados.

¹⁴³ Vide Pit, 2017, p. 580. Em termos comparativos, a CA não se refere esta matéria. Já o IM aborda a confidencialidade no processo de arbitragem, remetendo para o art. 26.º da CM OCDE.

¹⁴⁴ Cfr. art. 13.º, n.º 3 da diretiva

¹⁴⁵ Na Lei n.º 120/2019, de 19 de setembro, que procedeu à transposição da diretiva, o legislador português optou por sancionar o incumprimento desta obrigação de sigilo nos termos dos arts. 91.º e 115.º do RGIT.

¹⁴⁶ “The process is also notably non-transparent from the perspective of the taxpayer, contemplating communications bilaterally between the involved competent authorities. [...] In short, as one leading tax commentator puts it, the MAP is a ‘black hole of taxpayer rights’”. Snodgrass, 2017, secção 2.3.

¹⁴⁷ Cfr. art. 4.º, n.º 1 e n.º 2 da diretiva.

¹⁴⁸ Cfr. art. 6.º da diretiva.

¹⁴⁹ “the MAP is a confidential process between competent authorities, with little information being made available to the taxpayers themselves. The process would be much more useful for businesses if there could be more transparency and direct involvement/engagement with the taxpayer”. Vide Connors & Delputte, 2016, p. 82.

¹⁵⁰ “there is a benefit in having any relevant information in the public domain; e.g. it may prevent any future disputes, it may assist consistency in decisions and it raises awareness about arbitration which encourages its use”. Jones, 2016, p. 369.

Por conseguinte, está prevista uma obrigatoriedade incondicional de se publicar um resumo da decisão, que deve conter informações mínimas sobre o processo.

Não obstante, é possível publicar o parecer integral, sob autorização do contribuinte e das autoridades competentes¹⁵¹. Importa mencionar que, sob a alçada da diretiva, o contribuinte tem ainda a possibilidade de proteger o segredo profissional, comercial, industrial, etc.¹⁵².

Concretiza-se assim um avanço, na medida em que a diretiva sujeita a publicação da decisão à autorização dos contribuintes e das autoridades, estabelecendo sempre como válvula de escape a obrigatoriedade de publicação de um resumo. Tal sistema da diretiva já estava estabelecido nos BITs¹⁵³, e manifesta uma ponderação entre a necessidade de transparência e a proteção dos direitos do contribuinte.

Todavia, também parece coerente com o regime previsto a possibilidade de as decisões serem anonimizadas aquando da sua publicação. Isto não está previsto expressamente na diretiva, mas poderia ser concretizado.

Por último, importa analisar o valor da decisão, uma vez que esta não terá valor de precedente¹⁵⁴.

Concordamos que não é viável que as comissões estejam formalmente vinculadas às decisões tomadas previamente noutros casos. Todavia, a publicação de decisões arbitrais tomadas na senda da diretiva terá logicamente alguma influência nas opções que as comissões venham a tomar em casos subsequentes¹⁵⁵.

A proibição expressa de valor de precedente não é, então, incompatível com o uso interpretativo de “jurisprudência arbitral” pelas comissões, pelas partes e pelas autoridades competentes¹⁵⁶, especialmente quando o tipo de arbitragem adotado seja o de parecer independente. Dever-se-ia inclusivamente incentivar a pesquisa dessas peças, por forma a aprimorar o parecer em causa.

3.3. Impossibilidade de recurso

A diretiva não prevê a possibilidade de se interpor recurso do parecer da CC ou da CRAL. No entanto, prevê mecanismos de controlo da decisão, tanto dentro da própria diretiva como em relação aos remédios internos dos EMs.

¹⁵¹ Cfr. art. 18.º da diretiva.

¹⁵² Cfr. art. 18.º, n.º 3, segundo parágrafo, da diretiva.

¹⁵³ “the parties are encouraged to allow the award to be published. Even if the parties do not consent to publication, ICSID will publish excerpts of the legal reasoning of the award”. In NAFTA arbitrations, submissions, orders and awards are available on the internet”. Hober, 2014, p. 192.

¹⁵⁴ Cfr. art. 15.º, n.º 4 da diretiva.

¹⁵⁵ “It is difficult to imagine that a decision would be regarded as having any formal precedential value, in the sense of being binding [...]. This is an entirely different issue from whether any, and if so what, notice should be taken of the decision in other cases, whether by tax administrations or courts”. Jones, 2016, p. 374.

¹⁵⁶ A título comparativo, os BITs seguem este método. Ainda que os seus tribunais não estejam vinculados a decisões anteriores, há uma prática comum de recorrer a decisões anteriores sobre casos semelhantes para tomar uma decisão mais adequada. Vejamos, p. e., Owens *et al.*, 2015, que dizem que “Tribunals are not bound by previous awards. [...] However, it has been asserted that a *de facto* precedent exists. As a result, when tribunals have to decide cases, they apply the previous award rendered in cases with similar facts. [...] Consequently, it has been observed that, in practice, previous awards are cited frequently”, p. 578.

O contribuinte pode não aceitar o parecer ou a decisão tomada, sendo isso suficiente para impedir a sua aplicação. Pode ainda interpor recurso dessa decisão nos tribunais domésticos¹⁵⁷. Significa isto que o contribuinte tem o direito de, em última instância, controlar a decisão e impedir que esta seja aplicada¹⁵⁸, ainda que a diretiva não preveja um mecanismo de recursos próprio.

Por um lado, compreendemos estas ideias de celeridade e facilidade do procedimento. Entendemos que criar um sistema de recursos oficial de decisões do PA ou de decisões de RAL pode contrariar o objetivo da resolução (alternativa) de litígios.

No entanto, o sistema não parece de momento oferecer a solução mais apropriada para o contribuinte inconformado com a decisão. Não consideramos inspirar confiança aos contribuintes a possibilidade de, chegado o fim do procedimento, se depararem com uma das seguintes situações: (1) não concordarem com a decisão da CC ou CRAL e verem-se obrigados a rejeitar essa decisão, eventualmente sendo necessário recorrer aos tribunais domésticos para tutelar os seus interesses; (2) concordarem com a decisão da CC ou CRAL, inclusive tendo contribuído para a decisão desta última, mas não concordarem com a alteração efetuada pelo EM.

A consequência de rejeitar a aplicação destas decisões será um diferimento da duração do processo, ou a inexistência de uma solução apropriada, caso o contribuinte não tenha interesse em recorrer para os tribunais nacionais. Caso de facto o faça, além do diferimento do tempo de solução da questão litigiosa, podem surgir problemas ao nível da compatibilidade das decisões nos vários EMs.

Ocorrem-nos duas possibilidades de correção deste panorama.

A primeira seria a possibilidade de recorrer ao TJUE como instituição de recurso da decisão final, fosse como instância arbitral nos termos que acima mencionámos ou como tribunal jurisdicional. Referir-nos-emos a esta ideia *infra*.

A segunda opção, que consideramos mais realista, é dirigida às situações em que o EM tomasse uma decisão divergente do parecer dado pela CC ou pela CRAL. Se o contribuinte pretender rejeitar esta alteração, poderia ter o direito de retroceder e optar pelo parecer originalmente tomado pela comissão. Isto faria sentido na medida em que a decisão teria sido tomada por um grupo competente de elementos, num procedimento em que o contribuinte inclusive pode ter tido o direito de participar.

3.4. Questões relativas à dupla tributação

De acordo com a jurisprudência do TJUE, não existe nenhum instrumento que atribua poderes e responsabilidades que harmonizem a dupla tributação dentro da UE, passando a solução para a dupla tributação pela adoção de práticas internacio-

¹⁵⁷ Cfr. art. 15.º, n.º 2 e n.º 4, primeiro parágrafo, da diretiva.

¹⁵⁸ “[The taxpayer keeps] the right to exercise their national judicial remedies and/or to refuse the implementation of the solution”. Pistone, 2018, secção 8.5.2.7.

nais¹⁵⁹ (p. e., as práticas recomendadas pela OCDE nas convenções bilaterais entre os EMs¹⁶⁰).

Podemos assim concluir que o objetivo desta diretiva não é eliminar a dupla tributação *per se*, mas sim fornecer mecanismos aos EMs para que eles possam resolver essas questões.¹⁶¹

Importa verificar se este objetivo foi atingido pela diretiva. Isto é discutível, havendo doutrina que argumenta que a dupla tributação só seria totalmente corrigida se estivessem incluídas no escopo da diretiva todas as situações em que esta fosse suscetível de acontecer – seja jurídica ou económica – e se o mecanismo proposto resolvesse a disputa antes de terminarem os prazos das obrigações fiscais do exercício em causa, em ambos os EMs¹⁶².

De facto, duvidamos sobre se este objetivo foi cumprido pela diretiva, não tendo esta levado a uma eliminação da dupla tributação como um todo. Todavia, o atual sistema permite eliminar a dupla tributação nas situações isoladas previstas pelo seu escopo, e este é um avanço em termos do panorama da UE¹⁶³.

3.5. O papel do contribuinte em geral

Dentro da diretiva, o PA e a RAL são procedimentos essencialmente interestaduais¹⁶⁴. Estamos perante uma “*state-to-state arbitration*”, que contrasta com a “*investor-state arbitration*”¹⁶⁵ em que o interessado é parte principal no processo contra a administração violadora dos seus direitos.¹⁶⁶ Apesar das diferenças entre estas duas modalidades de arbitragem, o contribuinte encontra-se hoje mais próximo de um procedimento que antes era desempenhado de modo autónomo pelos Estados, e este fator é inegavelmente um avanço.

O contribuinte pode fornecer às comissões quaisquer informações, documentos ou provas que considere relevantes para a tomada de decisão, desde que obtenha auto-

¹⁵⁹ Vejamos, p. e., o acórdão Kereckhaert and Morres (C-513/04), parágrafo 22: “Community law [...] does not lay down any general criteria for the attribution of areas of competence between the Member States in relation to the elimination of double taxation within the Community. [...] no uniform or harmonisation measure designed to eliminate double taxation has as yet been adopted at Community law level.” e parágrafo 23 “Consequently, it is for the Member States to take the measures necessary to prevent situations such as that at issue in the main proceedings by applying [...] criteria followed in international tax practice”.

¹⁶⁰ “In fact, in addition to considering itself unable to remove juridical double taxation, the ECJ has clarified that it is the responsibility of Member States to take measures to prevent this situation by applying, in particular, the apportionment criteria set out in tax treaties based on the OECD Model”. Cerioni, 2017, p. 183.

¹⁶¹ “The directive would not allocate taxing powers and responsibilities for eliminating double taxation from a substantive viewpoint [...]. It would only provide for a procedural mechanism, through which member states would be required to overcome double taxation within a given timeframe”. Cerioni, 2017, pp. 183 e 184.

¹⁶² Vide Cerioni, 2017, p. 184.

¹⁶³ Para explorar melhor esta perspetiva, vide Cerioni, 2017, pp. 184-191.

¹⁶⁴ “The MAP itself is not a judicial procedure. It is best understood by tracing its origins to [...] diplomatic protection. [...] the parties to the MAPs are states, not the taxpayer”. Ismer & Piotrowski, 2016, p. 353.

¹⁶⁵ Este é o tipo de arbitragem utilizado pelos BITs. Neste sentido, “The vast majority of BITs have clauses providing for so-called investor-state arbitration. [...] The BITs thus entitle investors to commence arbitration against the host stat, even though the investor is not a party to the BIT”. Hober, 2014, p. 189.

¹⁶⁶ Em matérias fiscais, não é possível o sujeito passivo participar no processo com o mesmo grau de envolvimento que o investidor dispõe contra o Estado, principalmente devido à natureza do direito tributário. Vide Ismer & Piotrowski, 2016.

rização das autoridades competentes envolvidas¹⁶⁷. A par disto, passa a ser-lhe permitido fazer-se representar, comparecendo a pedido ou espontaneamente perante as comissões¹⁶⁸.

Resta-nos mencionar a relevância das obrigações de comunicação ao contribuinte, que ao longo da diretiva vão sendo referidas, e da existência de mecanismos de garantia do cumprimento das obrigações dos EMs. Estas obrigações também aproximam o contribuinte do procedimento, não sendo possível que este seja ignorado pelas autoridades em causa. Previnem ainda que o processo e o contribuinte não caiam no esquecimento dos EMs¹⁶⁹, e garantem que as várias fases do procedimento se dirijam, de facto, à conclusão em tempo razoável dos procedimentos de resolução de litígios.

No entanto, parece-nos infundado que certos elementos da diretiva não tenham sido adaptados a esta realidade. O caso mais óbvio desta inexistência de direitos é o facto de os contribuintes não terem o direito de escolher os árbitros que constituem as comissões. Mesmo quando haja incumprimento da obrigação de constituir uma comissão, da parte dos EMs, os contribuintes devem recorrer aos tribunais para fazer essa correção em seu nome.

Capítulo IV – Outras questões

1. A transposição da diretiva para o ordenamento jurídico nacional¹⁷⁰

1.1. A Lei n.º 120/2019 de 19 de setembro

A Lei n.º 120/2019, de 19 de setembro, transpôs para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva n.º 2017/1852¹⁷¹. O diploma nacional reproduz fielmente os mecanismos e instrumentos existentes na diretiva, mas procede a uma significativa reorganização da estrutura do texto original.

A “Autoridade competente nacional” foi definida como o membro do Governo responsável pela área das finanças, o Diretor-Geral da AT ou os seus representantes autorizados. Por sua vez, o “Tribunal competente nacional” será o tribunal tributário de 1.ª instância da área do domicílio fiscal do interessado¹⁷².

Cumprido, então, fazer uma análise – que não pretende ser exaustiva – dos aspetos que consideramos merecedores de atenção:

1 – Há certas informações relevantes para o contribuinte, ao longo do PA, que não lhe são comunicadas devido à natureza interestadual desse procedimento.

A transposição da diretiva poderia ter corrigido este problema, atribuindo ao contribuinte a possibilidade expressa de pedir esclarecimentos à AT sobre o estado em que o

¹⁶⁷ Cfr. art. 13.º, n.º 1 da diretiva.

¹⁶⁸ Cfr. art. 13.º, n.º 2 da diretiva.

¹⁶⁹ “The proposed Directive seeks to empower the taxpayer and strengthen its role in the process”. CFE Fiscal Committee, 2017, p. 352.

¹⁷⁰ A presente dissertação foi elaborada e apresentada previamente à transposição da diretiva, pelo que a secção 1.1. do Capítulo IV – bem como outros aspetos pontuais – foi reeditado *a posteriori* para incluir a análise da Lei n.º 120/2019.

¹⁷¹ Note-se que o prazo de transposição era 30 de junho de 2019, tendo o mesmo sido incumprido por Portugal, Cfr. art. 22.º da diretiva.

¹⁷² Cfr. als. b) e h) do n.º 1 do art. 2.º da Lei n.º 120/2019.

procedimento se encontre. Assim, o interessado teria acesso às informações, verificando p. e., o estado das negociações, se as autoridades estariam a pensar exercer a possibilidade de estender o prazo de dois anos para três, ou inclusive se lhe seria vantajoso fornecer mais informações à AT com o intuito de tornar a decisão mais fidedigna.

Sem prejuízo de esta possibilidade não estar prevista na lei de transposição, os pedidos de informações à AT podem sempre ser fundamentados no princípio geral de colaboração¹⁷³ – manifestado através de um dever de esclarecimento – entre a AT e o contribuinte¹⁷⁴. Em concreto, estará em causa o dever de informação procedimental, de acordo com o qual o sujeito tem o direito de requerer informações sobre dado procedimento, sendo-lhe devida uma resposta atempada¹⁷⁵.

2 – A referência a uma implementação do PA “sem demora, independentemente dos prazos fixados pelo direito interno”¹⁷⁶ é incerta. Adicionalmente, também não está previsto um prazo para a comunicação ao contribuinte da impossibilidade de obter um PA. Isto adia o consequente acesso à RAL.

Acresce que a referência a um prazo “sem demora” é feita reiteradamente na diretiva¹⁷⁷, agravando o problema da incerteza dos contribuintes.

Por forma a colmatar esta falta de prazos, o legislador português poderia ter optado por concretizar os prazos para a notificação do contribuinte (quer em caso de se completar ou não o PA), para a implementação da decisão, e, bem assim, nas outras situações em que é feita uma referência vaga à expressão “sem demora”.

Contudo, a expressão usada na diretiva foi apenas substituída pela expressão “de imediato” em algumas situações – veja-se a título de exemplo, o art. 7.º. Incompreensivelmente, noutras situações, o legislador manteve a expressão “sem demora”. Posto isto, não se compreende o intuito desta alteração, na medida em que nada se acrescenta (ou retira) às garantias do contribuinte. De todo o modo, e na nossa opinião, a concretização deste prazo em cada EM poderia acentuar o problema de que os diferentes EMs farão diferentes interpretações daquela expressão. Nesse sentido, seria necessário um esclarecimento oficial sobre o que o conceito abrange¹⁷⁸.

3 – Já aqui ficou dito que poderia ser difícil encontrar uma definição aplicável a todos os EMs de “fraude fiscal, falha intencional ou negligência grave”¹⁷⁹, antecipando-se que o reenvio prejudicial poderá ter um papel importante neste âmbito.

Esta questão seria particularmente relevante dentro do nosso ordenamento jurídico, pois o nosso conceito de fraude fiscal tem uma abrangência muito menor do que

¹⁷³ Morais, 2012, pp. 21-23.

¹⁷⁴ “A administração fiscal tem a obrigação legal de assistir os interessados em esclarecer quaisquer aspetos da sua situação tributária”. *Idem, ibidem*, p. 22.

¹⁷⁵ Cfr. art. 67.º LGT. Adicionalmente, Rui Morais menciona ainda uma “obrigação que impende sobre a administração fiscal de, em 10 dias, informar [...] o interessado que haja requerido sobre a fase em que se encontra determinado procedimento e a data da sua previsível conclusão”. *Idem, ibidem*.

¹⁷⁶ Cfr. art. 4º, n.º 2 da diretiva.

¹⁷⁷ Cfr. n.ºs 5 e 6 do art. 3.º, no n.º 2 do art. 4.º, no n.º 1 do art. 6.º no n.º 3 do art. 7., no n.º 3 do art. 9.º, no n.º 3 do art. 15.º, no n.º 7 do art. 16.º e no n.º 5 do art. 18.º.

¹⁷⁸ Eventualmente através do reenvio prejudicial.

¹⁷⁹ Cfr. art. 16.º, n.º 6 da diretiva.

noutros¹⁸⁰. De facto, apenas em algumas circunstâncias isoladas está presente na nossa lei uma interpretação mais abrangente da noção de “fraude fiscal”¹⁸¹. Por ser mais restrita, a nossa interpretação é também a mais favorável ao contribuinte, pois dá aos EMs menos espaço de rejeição da reclamação.

O legislador português parece ter tido em consideração esta realidade, uma vez que optou por incluir no conceito de “Fraude fiscal, incumprimento doloso e negligência grave”¹⁸² todas as sanções por crimes fiscais, bem como as contraordenações fiscais graves estipuladas nos termos do n.º 3 do art. 23.º do RGIT.

Deste modo, o conceito de fraude fiscal para efeitos da diretiva é bastante mais lato do que o conceito de fraude fiscal constante do artigo 103.º e seguintes do RGIT – adaptação esta que se afigurava essencial para a boa aplicação do diploma.

4 – Outra questão que se pode colocar é a forma como a dupla tributação será resolvida após se atingir um PA ou após o parecer da CC ou da CRAL. Nem a diretiva nem a Lei n.º 120/2019 concretizam o método a utilizar para a eliminação da dupla tributação.

Deste modo, não se prevê o uso do método da isenção¹⁸³ ou do método de crédito¹⁸⁴, aos quais fazemos referência por serem aqueles que a definição de dupla tributação constante da Diretiva mais se adequa¹⁸⁵.

Isto pode ser resolvido pelo recurso às convenções bilaterais celebradas entre Portugal e os EMs relevantes para o litígio em causa, onde se encontra já uma opção feita sobre qual o método adequado a utilizar para eliminar a dupla tributação dos EMs. Sem prejuízo disto, existia aqui espaço para a definição de um método subsidiário, quer pela diretiva, quer pela Lei.

5 – A Lei n.º 120/2019 admite significativas melhorias em matéria de imparcialidade das personalidades independentes.

Concretamente, o art. 12.º – correspondente ao art. 9.º da diretiva – materializa as garantias do interessado em termos de imparcialidade. A este propósito, salientamos o disposto no n.º 6 do art. 12.º, cuja redação é original da transposição, e que estipula a obrigação de as personalidades independentes que foram designadas ficarem obrigadas a declarar quaisquer interesses, relações ou quaisquer outras questões suscetíveis de afetar a sua independência ou imparcialidade. Parece-nos que esta disposição constitui um esforço do legislador português no sentido de manter a imparcialidade dos membros das Comissões ao longo de todo o período de resolução do litígio.

¹⁸⁰ “É frequente que na designação de ‘fraude fiscal’ se abarquem a generalidade dos crimes tributários e mais frequentemente os crimes de natureza fiscal. É, v.g., o que sucede na legislação italiana e na legislação espanhola”. Silva, 2018, p. 221.

¹⁸¹ *Vide idem, ibidem*, p. e., o caso do art. 368.º-A do Código Penal, *a contrario* dos arts. 103.º e 104.º RGIT.

¹⁸² Epígrafe do art. 23.º da Lei n.º 120/2019, que corresponde ao n.º 6 do art. 16.º da diretiva.

¹⁸³ Em que o sujeito passivo apenas é tributado num Estado, e isenta-se a tributação de rendimentos de fonte estrangeira.

¹⁸⁴ Em que o imposto é pago em ambos os Estados, mas no de residência reduz-se à coleta o que tiver sido pago no Estado da fonte.

¹⁸⁵ “A crucial question is therefore when double taxation can be considered to be resolved [...]. This seems to correspond to the relief mechanisms usually applied in domestic and/or tax treaty law: [...] the exemption method [...] and the tax credit”. Debelva & Luts 2017, secção 2.3.2.

De forma coerente, também o n.º 6 do art. 11.º reforça os deveres de imparcialidade destas personalidades. Concretamente, nos termos do n.º 5 do art. 8.º da diretiva (referente à criação da CC), as autoridades competentes dos EM *podem* exigir que as personalidades independentes divulgassem quaisquer “interesses, relações ou quaisquer questões suscetíveis de afetar a sua independência ou imparcialidade, ou que possam razoavelmente suscitar dúvidas quanto à imparcialidade do processo”. Diferentemente, a Lei n.º 120/2019 estipula que estas personalidades independentes “*devem* declarar”¹⁸⁶ essas mesmas informações.

Todavia, o art. 15.º da Lei n.º 120/2019 – referente, desta feita, à criação da CRAL – remete no seu n.º 4 para as regras acima citadas. No entanto, fica excluída a remissão para a obrigação de, durante um período de 12 meses após a emissão do parecer da CC, as personalidades independentes não se poderem encontrar numa situação de não imparcialidade, e as autoridades competentes poderem opor-se à sua nomeação¹⁸⁷. Ora, parece-nos evidente que o facto de não ter sido feita a remissão para esta disposição se trata unicamente de um lapso, uma vez que na diretiva estas disposições se encontram incluídas no mesmo número. Sem prejuízo, será necessário interpretar estas disposições.

6 – A Lei n.º 120/2019 tem ainda o mérito de definir em que situações é que se deverá considerar que a questão litigiosa não envolve dupla tributação internacional, e, em consequência, em que poderá ser rejeitada pelas autoridades competentes¹⁸⁸. Assim, e aos olhos da autoridade competente portuguesa, não existirá dupla tributação quando elementos do rendimento ou do património não sejam tributados por um Estado-Membro em virtude de não serem incluídos na base tributável nesse Estado-Membro ou de estarem isentos de imposto ou de estarem sujeitos a uma taxa zero, apenas nos termos da legislação interna desse Estado-Membro.

7 – Por último, a Lei n.º 120/2019 estipula que os prazos aplicáveis às reclamações administrativas e recursos para tribunais domésticos são os do Código de Procedimento e de Processo Tributário, um elemento da transposição que, apesar de relativamente evidente, era essencial definir.¹⁸⁹

8 – Em relação a outros conceitos que eventualmente possam deixar dúvidas na transposição da diretiva, mais do que fazer sugestões sobre a forma como esta deve ser efetuada, interessa salientar que a sua interpretação deve ser feita à luz das orientações plasmadas no seu preâmbulo. Ou seja, deve ser tido em consideração o objetivo da diretiva e os seus princípios quando enfrentados com uma questão interpretativa.

Em último caso, o reenvio prejudicial será um instrumento importante no período inicial, pois permitirá esclarecer dúvidas e questões interpretativas que inevitavelmente surgirão, e uniformizar a utilização da diretiva por toda a UE.

¹⁸⁶ Cfr. n.º 6 do art. 11.º da Lei n.º 120/2019.

¹⁸⁷ Cfr. n.º 7 do art. 11.º da Lei n.º 120/2019.

¹⁸⁸ Esta possibilidade estava inicialmente prevista no n.º 7 do art. 16.º da diretiva, transposto para o art. 24.º da Lei n.º 120/2019.

¹⁸⁹ Cfr. art. 26.º da Lei n.º 120/2019.

1.2. Relação com a arbitragem tributária

Os tribunais arbitrais portugueses não são estranhos a matérias de tributação internacional, muitas vezes resolvendo-as alternativamente aos tribunais judiciais.¹⁹⁰

Dispondo Portugal de tribunais arbitrais tributários (alternativas mais rápidas para os contribuintes, na medida em que os casos são resolvidos em menos de seis meses¹⁹¹) a opção legislativa poderia ter passado por estes auxiliarem os mecanismos da diretiva – p. e., nas situações em que o contribuinte interponha recurso da rejeição da sua reclamação – na medida em que seria necessária uma decisão célere para se poder prosseguir com o procedimento.

Para reforçar esta ideia, recorde-se que os tribunais arbitrais recorrem ao reenvio prejudicial de questões para o TJUE¹⁹², que já vimos ser um instrumento de grande importância para a interpretação das disposições da diretiva. Assim sendo, o facto de os tribunais arbitrais terem esta prerrogativa apenas reforça a sua posição.

No entanto, o legislador português restringiu a possibilidade de apresentação de reclamações e recursos aos Tribunais Administrativos e Fiscais de 1.^a instância, considerando a definição de tribunal competente nacional adotada. Esta exclusão *in totum* do recurso aos Tribunais Arbitrais parece excessiva, uma vez que, conforme referido, este seria um meio célere de obter decisões.

Posto isto, parece-nos ainda assim existir espaço para que, nos litígios em que Portugal esteja envolvido, os elementos das comissões sejam árbitros do CAAD, algo que deveria ser tido em consideração na elaboração das listas de personalidades independentes. Mais uma vez relevaria aqui a experiência em matérias internacionais desses elementos. O facto de os contribuintes conhecerem essa experiência encorajaria ainda o recurso à diretiva¹⁹³.

2. A hipótese de um tribunal arbitral na União Europeia em matérias fiscais

Em matérias fiscais não existe nenhuma plataforma de resolução de litígios onde os contribuintes possam apresentar as suas reclamações, do mesmo modo que os investidores protegidos pelos BITs o fazem¹⁹⁴ em instâncias como o ICSID¹⁹⁵ e o UNCITRAL¹⁹⁶.

A criação de um tribunal desta natureza dentro da UE não está prevista na diretiva, mas é muito discutida entre a doutrina¹⁹⁷. Somos da opinião que esta questão é de difícil aplicação prática, mas que tem definitivamente vantagens de um ponto de vista teórico.

¹⁹⁰ Vide Câmara, 2014, pp. 496-498. O autor diz ainda: “The fact is that TACs have already considered and decided upon certain key issues, including both purely domestic matters and some with an international element” (p. 497). Refere-se aqui a matérias como preços transferências, estabelecimento estável, pagamento de dividendos, juros e royalties, etc.

¹⁹¹ Vide *idem, ibidem*, p. 502.

¹⁹² Vide *idem, ibidem*, p. 501.

¹⁹³ Estes constam da lista de árbitros aprovada anualmente. Vide *idem, ibidem*, p. 499.

¹⁹⁴ “Most arbitration clauses in the investment protection treaties offer the investor a choice between different arbitration regimes. The most frequently used [...] is the [...] ICSID Arbitration Rules [...]. Other options include the UNCITRAL Arbitration Rules”. Hober, 2014, p. 189.

¹⁹⁵ Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos.

¹⁹⁶ Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional.

¹⁹⁷ P.e., Ribes, 2002, discute esta possibilidade.

Podemos salientar: (1) o aumento da proteção dos direitos do contribuinte, como parte efetiva no processo¹⁹⁸; (2) a simplificação da nomeação dos elementos responsáveis pela decisão e a sua especialização¹⁹⁹; (3) a facilitação do diálogo entre a diretiva e os tribunais dos EMs²⁰⁰; e (4) a possibilidade de interposição de recurso de decisões nacionais ou das comissões.

O TJUE pode funcionar como essa última instância. Na CDT entre a Alemanha e a Áustria (baseada na CM da OCDE) o art. 25.º n.º 5 prevê a obrigação de, a pedido do contribuinte, se recorrer ao TJUE para resolver a questão em caso de insuficiência do PA. Isto surge nos termos do art. 273.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia²⁰¹. Nos termos deste artigo, é necessário existir uma ligação entre a matéria da convenção em causa – não sendo esta de direito Europeu – e os objetivos da UE.

Em 2017 surgiu um acórdão²⁰² relativo à aplicação desta CDT, em que estava em causa uma perspetiva divergente nos dois EMs em relação ao rendimento recebido por um banco austríaco da parte de um banco alemão. Após uma tentativa de solução da questão através de um PA, os interessados recorreram ao art. 25.º n.º 5 da convenção e requereram o início do procedimento de arbitragem perante o TJUE.

No caso em concreto, o tribunal considera que a ligação mencionada no art. 273.º do TFUE é o facto de a dupla tributação constituir uma ameaça à estabilidade do mercado interno e à liberdade de circulação²⁰³.

Tal interpretação foi inovadora em termos da possibilidade de submissão dos tratados bilaterais à jurisdição do TJUE *ex vi* 273º TFUE²⁰⁴.

Com ela, surge então a possibilidade de o TJUE assumir um papel de tribunal “arbitral” em matérias fiscais. Esta hipótese traria, em primeiro lugar, uma certa homogeneidade à interpretação dos tratados²⁰⁵, pois o TJUE seria permanentemente a entidade encarregue de levar a cabo a RAL, do mesmo modo que os tribunais previstos pelos

¹⁹⁸ “The taxpayer would be considered a party to the proceedings, and be entitled to invoke fundamental procedural rights. The taxpayer would be able to cooperate in the procedure to the fullest extent in terms of presenting its case”. *Voje*, 2018, secção 3.3.3.

¹⁹⁹ “As the arbitration body would be permanent, the problems associated with setting up an Advisory Commission, the risk of the procedure being stalled, and the need for recourse to national courts would be significantly lower. [...] As members of the specialized court would be chosen among persons whose independence is ‘beyond doubt’, this would eliminate concerns about a lack of independence of the members”. *Idem, ibidem*.

²⁰⁰ “With the introduction of a European tax court, the relationship with domestic proceedings could finally be clarified.” *Idem, ibidem*.

²⁰¹ Este artigo utiliza-se nos casos em que se cumprem três requisitos: há uma disputa entre dois EMs, relacionada com o assunto dos tratados da UE, que remete expressamente para o TJUE. No caso em análise, parecem estar cumpridos estes requisitos. Para uma análise mais profunda do seu preenchimento, *vide* Luts & Kempeneers, 2018, p. 7.

²⁰² Acórdão do TJUE Áustria vs. Alemanha, de 12 de setembro de 2017 (processo C-648/15).

²⁰³ *Vide* *Voje*, 2018, secção 3.2.1.

²⁰⁴ Importa notar também que o recurso ao TJUE pelo artigo 273º levanta ainda algumas questões irresolvidas, das quais podemos salientar: (1) saber quais os efeitos que essa decisão deve ter, em relação às partes, aos EMs envolvidos, e outros; (2) determinar quais os métodos de interpretação que devem ser utilizados, isto é, se os relativos ao direito internacional público ou ao direito interno da UE. *Vide* Luts & Kempeneers, 2018, pp. 5-18.

²⁰⁵ “Suffice it to say that some form of homogeneity in the interpretation and application of DTCs between the Member States could be established by conferring jurisdiction to the CJ under article 273 TFEU”. Luts & Kempeneers, 2018, p. 11.

BITs. Para além do mais, isto significaria que não seria necessário criar comissões casuisticamente de todas as vezes que um contribuinte recorresse à diretiva²⁰⁶.

Fazemos notar que não bastaria a alteração individual de todos os acordos bilaterais entre EMs para prever a jurisdição do TJUE, pois isso dificultaria a aplicação uniforme. Alternativamente, essa possibilidade de o TJUE dirigir a fase de RAL poderia ser adicionada ao texto da diretiva.²⁰⁷

Não obstante as vantagens teóricas, somos da opinião de que a remissão destas matérias para o TJUE poderá não ser a opção mais eficiente: se um dos objetivos da diretiva é a criação de um procedimento mais rápido de resolução dos litígios entre os EMs, relativos à dupla tributação, essa rapidez e eficiência perder-se-iam através da intervenção do TJUE²⁰⁸.

Conclusões

I. Os mecanismos de resolução de litígios tributários em matéria internacional, atualmente em vigor são ainda incapazes de garantir uma efetiva resolução dos problemas de dupla tributação (dada a sua insuficiência, dificuldade de aplicação e disparidade de âmbitos de aplicação, entre outros).

II. A Diretiva n.º 2017/1852, a ser implementada em breve, surge na sequência do projeto BEPS, implementando algumas das suas recomendações no âmbito da UE.

III. Este instrumento corrige alguns dos elementos mais problemáticos da CA, conferindo ao espaço europeu mecanismos mais efetivos de resolução de litígios.

IV. A diretiva deverá constituir o recurso primário dos contribuintes relativamente a conflitos em matéria de dupla tributação, se o conflito estiver sediado dentro da UE.

V. O mecanismo proposto pela diretiva implementa os quatro padrões mínimos propostos pelo BEPS, nomeadamente: (1) a criação de processos administrativos adequados, (2) a implementação das obrigações, (3) o acesso adequado ao PA e (4) a efetiva resolução do PA.

VI. Em concreto, instituem-se novos direitos e faculdades que permitem aos contribuintes forçar os EMs a cumprir as suas obrigações, estabelecem-se prazos específicos que permitem a concretização do procedimento num período razoável, e cria-se a obrigatoriedade de recondução da questão para arbitragem quando passado o prazo de obtenção de uma solução.

VII. Dentro do PA, destacamos a complexidade do sistema de relacionamento com os tribunais domésticos, no âmbito do recurso pelo contribuinte.

VIII. Já relativamente à fase de RAL, o maior desenvolvimento da diretiva consiste na sua obrigatoriedade nos casos de um PA insuficiente.

IX. A diretiva tem ainda o mérito de ter estabelecido prazos para a RAL, bem como de ter previsto a possibilidade de resolução através de vários tipos de arbitragem (nomea-

²⁰⁶ Vide Voje, 2018, secção 3.3.3.

²⁰⁷ *Idem, ibidem.*

²⁰⁸ “However, certain doubts may persist as to whether this may be too burdensome for the ECJ”. Voje, 2018, secção 3.2.2.

damente a arbitragem de parecer independente e a arbitragem de oferta definitiva) e de métodos como a conciliação e a mediação.

X. A confidencialidade tem dimensões diferentes ao longo do procedimento. No PA, impede que o contribuinte obtenha informação relativa ao procedimento, pois esta apenas é partilhada entre as autoridades envolvidas. Já na fase de RAL, dado que o contribuinte está envolvido na tomada de decisão, este tem acesso às informações e a sua posição está protegida pela confidencialidade em relação a elementos externos.

XI. Importa igualmente ressaltar a importância de se ter estabelecido uma obrigação mínima de se publicar um resumo da decisão tomada pelas Comissões. É igualmente importante que a publicação da decisão integral esteja sujeita à autorização de todas as partes envolvidas, como forma de proteger os interesses das partes e de respeitar o sigilo.

XII. Os recursos não são possíveis na diretiva, havendo, todavia, mecanismos de controlo das decisões de que os contribuintes e as autoridades dispõem, como a possibilidade de recorrer da decisão para os tribunais domésticos. Contudo, estes mecanismos funcionam, em muitos aspetos, de forma insuficiente.

XIII. A capacidade de intervenção do contribuinte é ainda inferior à que o investidor dispõe no âmbito dos BITs. No entanto, a diretiva concede ao contribuinte mais direitos de participação do que este antes dispunha.

XIV. A atribuição destes direitos não se verifica de modo coerente por toda a tese, havendo ainda alguns défices na proteção do contribuinte. A título de exemplo, o contribuinte não dispõe da opção de escolher nenhum dos membros das comissões que decidirão a sua situação.

XV. As insuficiências assinaladas podem ainda ser supridas, em parte, aquando da transposição da diretiva para o ordenamento português. Esta pode aumentar os direitos do contribuinte, e pode clarificar alguns conceitos mais incertos.

XVI. Muitos destes conceitos deverão ser interpretados em concordância com os princípios subjacentes à diretiva, e à luz do exposto no preâmbulo. De qualquer forma, cremos que numa fase inicial será de grande importância o mecanismo do reenvio prejudicial.

XVII. No ordenamento jurídico português, dispomos de mecanismos de arbitragem tributária que poderiam ajudar a suprir os problemas da diretiva, por serem mais rápidos e terem já uma estrutura estável que o contribuinte e as autoridades competentes podem utilizar.

XVIII. A diretiva não prevê a possibilidade de criação de um tribunal arbitral dentro da UE, algo que facilitaria os procedimentos e resolveria muitas das questões colocadas.

XIX. Em suma, a diretiva introduz modificações relevantes no que tange à proteção direitos dos contribuintes, à segurança jurídica, à transparência dos procedimentos e à garantia de uma resolução efetiva dos conflitos em matéria tributária (dupla tributação).

XX. O sistema introduzido pela mesma é um dos mais avançados em termos de resolução de litígios fiscais transnacionais. Por conseguinte, cremos que será a via privilegiada de resolução de litígios em matéria de dupla tributação internacional dentro da União Europeia.

Referências bibliográficas

BAKER, P. & PISTONE, P. (2016). BEPS Action 16: The taxpayer's right to an effective legal remedy under European law in cross-border situations. *EC Tax Review*, vol. 25, no. 5/6, pp. 335-345.

CÂMARA, F. (2014). Arbitration as a means of resolving tax disputes. *European Taxation*, vol. 54, no. 11, pp. 491-505.

CAROLIS, D. (2013). The European Convention on Transfer Pricing: Legal fossil or instrument of new European governance? *Intertax*, vol. 41, no. 5, pp. 308-312.

CERIONI, L. (2017). The Commission's proposal for a directive on double taxation dispute resolution mechanisms: Overcoming the final hurdle of juridical double taxation within the European Union? *European Taxation*, vol. 57, no. 5, pp. 182-191.

CFE Fiscal Committee. (2017). Opinion Statement FC 4/2017 on the proposed directive on double taxation dispute resolution mechanisms in the European Union. *European Taxation*, vol. 57, no. 8, pp. 350-353.

CONNORS, J. & DELPUTTE, B. (2016). Alternative dispute resolution in international tax law – The view of business. In Lang, M. & Owens, J. *International Arbitration in Tax Matters* (vol. 2, pp. 79-84). Amesterdão: IBFD.

DEBELVA, F. & LUTS, J. (2017). The European Commission's proposal for double taxation dispute resolution: Turning the tide? *Bulletin for International Taxation*, vol. 71, no. 5.

DEVILLET, C. (2012). The text of and the commentary on Article 25 – Round-up of the changes and their significance. *Bulletin for International Taxation*, vol. 66, no. 11, pp. 612-617.

DOURADO, A.P. (2018). Are we compatible? On multilateral tax coordination. *Intertax*, vol. 46, no. 1, pp. 178-180.

GOVIND, S. & TURCAN, L. (2017a). Cross-border tax dispute resolution in the 21st century: A comparative study of existing bilateral and multilateral remedies. *Derivatives & Financial Instruments*, vol. 19, no. 5.

GOVIND, S. & TURCAN, L. (2017b). The changing contours of dispute resolution in the international tax world: Comparing the OECD multilateral instrument and the proposed EU arbitration directive. *Bulletin for International Taxation*, vol. 71, no. 3/4.

GROEN, G. (2017). The nature and scope of the mandatory arbitration provision in the OECD Multilateral Convention. *Bulletin for International Taxation*, vol. 71, no. 11, pp. 607-613.

HINNEKENS, L. (2010). European Arbitration Convention: Thoughts on its principles, procedures and first experience. *EC Tax Review*, vol. 19, no. 13, pp. 109-116.

HOBER, K. (2014). Investment treaty arbitration: A brief overview. *Intertax*, vol. 42, no. 3, pp. 189-193.

ISMER, R. & PIOTROWSKI, S. (2016). A BIT too much: Or how best to resolve tax treaty disputes. *Intertax*, vol. 44, no. 5, pp. 348-359.

JONES, J.F. (2016). Arbitration and publication of decisions. In Lang, M. & Owens, J. *International Arbitration in Tax Matters* (vol. 2, pp. 369-375). Amesterdão: IBFD.

LUTS, J. & KEMPENEERS, C. (2018). Case C-648/15 Austria v. Germany: Jurisdiction and powers of the CJ to settle tax treaty disputes under Article 273 TFEU. *EC Tax Review*, vol. 27, no. 1, pp. 5-18.

MARKHAM, M. (2016). Seeking new directions in dispute resolution mechanisms: Do we need a revised mutual agreement procedure? *Bulletin for International Taxation*, vol. 70, no. 1/2, pp. 82-94.

MORAIS, R. (2012). *Manual de procedimento de processo tributário*. Coimbra: Almedina.

MOZO, G.M. (2018). A collaborative relationship in the resolution of international tax disputes and alternative measures for dispute resolution in a post-BEPS era. *European Taxation*, vol. 58, no. 1, pp. 22-33.

OCDE. (s.d.). *Mutual Agreement Procedure Statistics 2006-2015*. Obtido de <http://www.oecd.org/tax/dispute/map-statistics-2006-2015.htm>.

OWENS, J., TURCAN, L., KOLLMANN, J., MAJDANSKA, A., & SABNIS, S. (2015). What can the tax community learn from dispute resolution procedures in non-tax agreements? *Bulletin for International Taxation*, vol. 69, no. 10, pp. 577-589.

PISTONE, P. (2018). The Dispute Resolution Directive. In Terra, B. & Wattel, P. *European Tax Law*, 7.^a Edição. Kluwer Law International.

PIT, H.M. (2015a). Improving the arbitration procedure under the EU Arbitration Convention (1). *EC Tax Review*, vol. 24, no. 1, pp. 15-33.

PIT, H.M. (2015b). Improving the arbitration procedure under the EU Arbitration Convention (2). *EC Tax Review*, vol. 24, no. 2, pp. 78-95.

PIT, H.M. (2017). Arbitration under the OECD Multilateral Instrument: Reservations, options and choices. *Bulletin for International Taxation*, vol. 71, no. 10, pp. 568-579.

RIBES, A.R. (2002). Compulsory arbitration as a last resort in resolving tax treaty interpretation problems. *European Taxation*, vol. 42, no. 9, pp. 400-404.

RUST, A. (2016). How final are arbitration decisions? In Lang, M. & Owens, J. *International Arbitration in Tax Matters* (pp. 377-386). Amesterdão: IBFD.

SIDHU, P.K. (2014). Is the mutual agreement procedure past its “best-before date” and does the future of tax dispute resolution lie in mediation and arbitration? *Bulletin for International Taxation*, vol. 68, no. 11, pp. 590-605.

SILVA, G.M. (2018). *Direito penal tributário*, 2.^a Edição. Lisboa: Universidade Católica Editora.

SNODGRASS, E. (2017). Tax controversies and dispute resolution mechanisms under tax treaties: Insights from the arbitration sphere. *Derivatives & Financial Instruments*, vol. 19, no. 5.

VOJE, J. (2018). EU Tax Dispute Resolution Directive (2017/1852): Paving the path toward a European tax court? *European Taxation*, vol. 58, no. 7.

WALDE, T. & KOLO, A. (2007). Investor-state disputes: The interface between treaty-based international investment protection and fiscal sovereignty. *Intertax*, vol. 35, no. 8/9.

WIERTSEMA, T. (2017). Council Directive on Double Taxation Dispute Resolution Mechanisms: Resolving companies’ areas of concern? *Derivatives & Financial Instruments*, vol. 19, no. 5.



CATOLICA
FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DO PORTO



CATOLICA
RESEARCH CENTRE
FOR THE FUTURE OF LAW

PORTO

www.uceditora.ucp.pt